



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

RAYANNE ILLIS NEIVA PEREIRA

**APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS –
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CONTAGEM DIFERENCIADA
POR INSALUBRIDADE PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA
VOLUNTÁRIA**

Brasília
2016

RAYANNE ILLIS NEIVA PEREIRA

**APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS –
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CONTAGEM DIFERENCIADA
POR INSALUBRIDADE PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA
VOLUNTÁRIA**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Previdenciário.

Orientadora: Profa. MSc. Thaís Maria Riedel de Resende Zuba.

**Brasília
2016**

RAYANNE ILLIS NEIVA PEREIRA

**APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS –
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CONTAGEM DIFERENCIADA
POR INSALUBRIDADE PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA
VOLUNTÁRIA**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós Graduação *Lato Sensu* em Direito do
Trabalho e Previdenciário.

Orientadora: Prof. MSc. Thaís Maria
Riedel de Resende Zuba.

Brasília, 15 de agosto de 2016.

Banca Examinadora

Prof.
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

“Quando, pois, a seguridade social – combinação da igualdade com a solidariedade – proporcionar equivalente quantidade de saúde, de previdência e de assistência a todos quanto necessitem de proteção, poder-se-á dizer daquele momento histórico: o bem-estar e a justiça estão concretizados.”

Wagner Balera

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise do benefício de aposentadoria especial, de forma a constatar a aplicabilidade da contagem diferenciada de tempo de contribuição aos servidores públicos sujeitos ao Regime Próprio de Previdência Social. A importância deste estudo é latente, já que explora um direito extremamente importante para os servidores públicos, o qual até hoje carece de regulamentação. A avaliação de referido direito dá-se através de estudos doutrinários e jurisprudenciais, apontando-se a evolução histórica do direito, bem como as consequências práticas de sua aplicação, a fim de se atingir uma conclusão real e específica. Os resultados obtidos nos reportam à conclusão de que os servidores públicos vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social têm direito à aplicação da contagem diferenciada por insalubridade para concessão de aposentadoria voluntária. Para tanto, deverá comprovar a efetiva exposição a agentes especiais, conforme delimitado na norma do Regime Geral de Previdência Social.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Aposentadoria Especial. Servidor Público, Insalubridade, Contagem Diferenciada.

ABSTRACT

This study aims to analyze the special retirement benefit, in order to verify the applicability of the different counting time of contribution to civil servants subject to the regime Own Social Security. The importance of this study is latent, as it explores an extremely important right for civil servants, which today lacks regulation. The evaluation of this right occurs through doctrinal and jurisprudential studies, pointing to the historical evolution of the law and the practical implications of their application in order to achieve a real and specific conclusion. The results relate to the conclusion that public servants linked to Own Social Security System are entitled to the application of differentiated count by unsanitary for granting voluntary retirement. Therefore, should prove effective exposure to special agents, as defined in the standard of the General Social Security System.

Keywords: Social Security Law . Special retirement. Public server, Unhealthy, Differentiated Count .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 A SEGURIDADE E A PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	11
1.1 A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	11
1.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES.....	14
1.3 PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO SOCIAL.....	22
1.4 REGIMES PREVIDENCIÁRIOS E SUA RELAÇÃO COM A PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	23
2 APOSENTADORIA ESPECIAL NO REGIME GERAL DE PREVIDENCIA SOCIAL.....	27
2.1 DEFINIÇÃO E REGRAS GERAIS.....	27
2.2 CONDIÇÕES ESPECIAIS.....	29
2.2.1 <i>Dos agentes nocivos</i>	29
2.2.2 <i>Da permanência</i>	31
2.3 COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ESPECIAL.....	32
2.4 CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO.....	34
2.5 FORMA DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO.....	37
3 APOSENTADORIA ESPECIAL NO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	39
3.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E OMISSÃO LEGISLATIVA.....	39
3.2 REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA – ON SRH/MPOG Nº 10/2010.....	41
3.2.1 <i>Direito à aposentadoria especial – requisitos</i>	41
3.2.2 <i>Forma de cálculo</i>	45
3.2.2.1 <i>Cálculo das aposentadorias voluntárias e regras de transição</i>	45
3.2.2.2 <i>Cálculo da aposentadoria especial do servidor</i>	50
3.2.3 <i>Conversão do tempo especial em tempo comum</i>	51
3.3 MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	53
3.4 SÚMULA VINCULANTE 33.....	57
3.5 MUDANÇA DA REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA – ON MP nº 16/2013.....	58
3.6 ATUAL SITUAÇÃO DA CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM.....	61
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS.....	71

INTRODUÇÃO

O Sistema de Seguridade Social, nos moldes delimitados na Carta Magna, estabelece que a Previdência Social é subdividida em Regime Geral e Regime Próprio. O primeiro é destinado aos segurados estabelecidos no art. 11 da Lei nº 8.213/91, ao passo que o segundo é destinado aos servidores públicos titulares de cargo efetivo, nos termos do art. 40 da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, sendo regidos por normas distintas, cada um possui um rol de benefícios e serviços a serem prestados aos seus segurados.

O benefício da aposentadoria especial está expressamente previsto no art. 57 da Lei nº 8.213/91, sendo caracterizado como o benefício concedido a segurados permanentemente expostos a agentes nocivos, de ordem química, física ou biológica, em ambiente insalubre. Portanto, a proteção previdenciária aos que trabalham sujeitos a condições especiais está expressamente prevista na legislação do Regime Geral de Previdência Social.

Para os servidores públicos, entretanto, essa norma ainda não foi regulamentada. Nesse caso, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) estabeleceu em seu art. 40, § 4º, inciso III que Lei Complementar regulamentaria a concessão da aposentadoria especial aos servidores públicos.

Porém, até a presente data esse direito não foi regulamentado, o que gerou, para os servidores públicos que exercem atividade sujeita a condições especiais, o pleito de requerer a aplicação do direito, reclamando a existência da omissão legislativa.

Para tanto, diversas categorias de servidores impetraram junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) o “remédio constitucional” do Mandado de Injunção,

cabível para sanar a omissão legislativa. Na ocasião, o STF reiteradamente determinou que aos servidores públicos impetrantes deveriam ser aplicadas as normas do Regime Geral de Previdência Social, até que fosse regulamentada a Lei Complementar específica.

Ocorre que, diante da complexidade do Direito Previdenciário, sobretudo no tocante às reformas constitucionais previdenciárias, para os servidores públicos não seria compatível o pleito de aposentadoria especial nos moldes determinados pela Lei nº 8.213/91.

Isso porque as regras concessórias do benefício aos segurados do Regime Geral são diferentes daquelas utilizadas para os servidores públicos, em especial quanto à forma de cálculo do benefício. Enquanto que os segurados do Regime Geral têm seu benefício de aposentadoria calculado com base na média dos 80% maiores salários de contribuição (art. 29, II, Lei 8.213/91), os servidores públicos que tenham direito à aposentadoria com base na Emenda Constitucional 41/2003 (EC 41/2003) terão seu benefício calculado com base na última remuneração e com paridade para com os servidores da ativa.

Isso significa uma grande diferença na forma de cálculo do benefício, razão pela qual, para os servidores, é mais benéfica a aplicação da contagem diferenciada do tempo de contribuição, conforme estabelecido no art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91. A ponderação significa uma indenização no tempo de contribuição em razão do exercício de atividade especial, o que eleva o tempo de serviço em 40% para os homens e 20% para as mulheres.

Essa situação, que efetivamente garante os direitos dos servidores públicos sujeitos a condições especiais, foi regulamentada pelos entes administrativos, a exemplo da Orientação Normativa SRH/MPOG nº 10/2010.

Contudo, em 2013 o STF modificou o seu entendimento e retirou dos servidores públicos o direito à contagem diferenciada, sob a alegação de que tal ponderação é inconstitucional, por ser considerada contagem fictícia, vedação estabelecida no art. 40, § 10 da CF/88.

Diante desse panorama, a Administração Pública suspendeu a contagem diferenciada para todos os servidores, inclusive para aqueles que estavam aguardando apenas a publicação da aposentadoria.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por escopo analisar os meandros do direito dos servidores e a decisão do Supremo Tribunal Federal, tratando de sua fundamentação jurídico-constitucional.

A grande questão a ser enfrentada é: incorre em inconstitucionalidade a aplicação da contagem diferenciada para concessão de aposentadoria voluntária de servidores públicos?

Portanto, a problemática é verificar se a aplicação da contagem diferenciada do tempo de contribuição para a aposentadoria voluntária dos servidores ofende a Constituição ou é um direito integrante do patrimônio jurídico do servidor, que se encontra lesado pela ausência de norma regulamentadora.

De fato, sabe-se que a incongruência entre os regimes geral e próprio e a aplicabilidade das normas de um em outro por intermédio de decisão do Supremo Tribunal Federal acarreta em divergência doutrinária e jurisprudencial, relativamente à constitucionalidade da questão.

Nesse sentido, o problema é a incompatibilidade entre os regimes e a suposta inconstitucionalidade que gera a contagem diferenciada para a aposentadoria dos servidores públicos.

O presente trabalho foi estruturado em 3 capítulos. O Capítulo 1 conceitua o sistema de seguridade social e a previdência social, a previsão constitucional e a existência de diferentes regimes previdenciários, conceituando também o benefício objeto do presente trabalho, que é a aposentadoria especial.

O Capítulo 2 trata da existência do benefício no regime geral de previdência social, suas particularidades e requisitos exigidos pela Lei para sua existência e aplicação aos beneficiários.

Por fim, o Capítulo 3 especifica a omissão legislativa no tocante à aposentadoria especial no regime próprio de previdência e as implicações judiciais e administrativas de sua aplicação, bem como consequências e reflexos sobre o estatuto jurídico dos servidores públicos.

1 A SEGURIDADE E A PREVIDÊNCIA SOCIAL

1.1 A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em que pese existam no mundo indícios de formação de seguros coletivos desde antes do Império Romano¹, o atual sistema de proteção social foi criado a partir do crescimento da sociedade industrial, o que ocasionou uma necessidade maior de proteção ao trabalhador. Isso porque, à época, os trabalhadores encontravam-se susceptíveis a todo tipo de risco, sobretudo aos acidentes de trabalho.²

Dessa forma, o desenvolvimento das relações de trabalho ocasionou o aumento da tensão entre trabalho e capital, atingindo um nível que passou a ameaçar a existência do modo de produção capitalista. A Igreja foi uma das primeiras instituições a oferecer resposta aos problemas gerados, asseverando a necessidade de se proteger o trabalhador. Os atos religiosos foram difundidos por meio de encíclicas, como a *Rerum Novarum*, em 1891, e a *Quadragesimo Anno*, em 1931.³

Importa salientar que à época predominava o sistema de Estado Mínimo, individualista e não intervencionista, que previa ser ilegítima qualquer ingerência do Estado em interesses coletivos ou individuais. Dessa forma, como a remuneração dos trabalhadores era oriunda apenas de seus salários (que eram muito baixos), não existiam suficientes condições para correção dos problemas sociais, em especial porque todos os recursos eram utilizados para suas

¹ DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 66.

² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 33.

³ DIAS, op. cit., p. 66.

subsistências.⁴

Posteriormente, esse panorama foi responsável pela construção do Welfare State (Estado do bem-estar social), atendendo a outras demandas da sociedade. Iniciou-se um movimento de criação de formas de proteção social aos trabalhadores, sendo que os Estados Unidos, ao fim da 2ª Guerra Mundial, foi o primeiro país a utilizar a expressão seguridade social, por meio do Social Security Act, em 1935.⁵

Espelhado nesse modelo, o sistema de seguridade social foi instituído no Brasil. Embora existissem direitos previdenciários diversos desde antes da promulgação da atual Constituição, foi a Carta de 1988 (CF/88)⁶ que instituiu no Brasil a seguridade social como conhecemos atualmente, integrando as áreas de assistência social, saúde e previdência social.⁷

Sobre o aprimoramento do modelo dos Estados Unidos, o doutrinador Fábio Zambitte Ibrahim afirma:

O Brasil tem seguido esta mesma lógica, sendo que a Constituição de 1988 previu um Estado do Bem-Estar Social em nosso território. Por isso, a proteção social brasileira é, prioritariamente, obrigação do Estado, o qual impõe contribuições obrigatórias a todos os trabalhadores. Hoje, no Brasil, entende-se por seguridade social o conjunto de ações do Estado, no sentido de atender às necessidades básicas de seu povo nas áreas de Previdência Social, Assistência Social e Saúde.⁸

Acerca do conceito jurídico de seguridade social, Sérgio Pinto Martins dispõe que o Direito da Seguridade Social é:

[...] um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes

⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 3.

⁵ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 29.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 01 mai. 2016.

⁷ HORVATH JÚNIOR, Miguel. op. cit., p. 29.

⁸ IBRAHIM, op. cit. p. 4.

Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.⁹

Wagner Balera sucintamente apresenta que no Direito brasileiro, “o sistema de seguridade social é o mecanismo utilizado pelo Estado para garantir a Ordem Social.”¹⁰

De fato, o art. 193 da CF/88 prevê que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar social e a justiça social. Dessa forma, o trabalho é fundamento essencial para a ordem social, pois que constitui e aperfeiçoa a dignidade da pessoa humana¹¹

Instituído como Direito Social pela CF/88, o sistema de seguridade social é entendido como coletivo, compulsório e securitário.¹² O art. 194, caput, da CF/88 preconiza que o poder público deve assegurar aos indivíduos direitos essenciais relativos à previdência, à assistência social e à saúde através do conjunto de ações que integra a seguridade social.

Nesse sentido, a seguridade social é um sistema de proteção fornecido pelo Estado e possui como principal objetivo atender às necessidades básicas da população, assumindo os riscos que originariamente eram de responsabilidade do próprio indivíduo ou de sua família, como invalidez, doenças, desemprego involuntário, encargos familiares, idade avançada, prisão e morte.¹³

Dessa forma, a seguridade social tem a finalidade especial de garantir a manutenção da qualidade de vida dos indivíduos nas situações em que estes estão por qualquer motivo impedidos de trabalhar, o que os deixa privados da contraprestação necessária para a garantia da subsistência, que é o salário. O

⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 20.

¹⁰ BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1989. p. 31.

¹¹ BALERA, op. cit. p. 32.

¹² IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011 p. 2.

¹³ Ibidem. p. 5.

sistema, portanto, atua de forma que o Estado seja provedor da saúde e de condição social mínima dos indivíduos.¹⁴

Conforme se demonstra a seguir, a aposentadoria especial é protegida pela Seguridade Social exatamente porque há a proteção do risco à saúde e integridade física relativamente à exposição a agentes agressivos ao indivíduo.

1.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES

O Direito da Seguridade Social está pautado em princípios próprios, específicos para o seu campo de atuação, e também em princípios gerais, aplicáveis a todos os demais ramos do Direito.

Os princípios gerais mais importantes são os da Igualdade, Legalidade, Direito Adquirido e Dignidade da Pessoa Humana.¹⁵

O Princípio da Igualdade prevê o tratamento igualitário entre os cidadãos, não podendo existir diferença de classe social, raça ou gênero. Porém, a igualdade a que se refere o art. 5º, inc. I, da CF/88 é doutrinariamente interpretada com limitações, entendendo-se que o Estado deve tratar os iguais de modo igualitário e os desiguais de modo desigualitário.¹⁶

Por esse motivo, a seguridade social pode instituir alíquotas diferenciadas de contribuição para os segurados, diferenciando-os de acordo com sua classe social. O poder público pode também limitar o recebimento de algum benefício apenas para classes carentes, como é o salário família.¹⁷

Relativamente à Legalidade aplicada à Administração Pública (art. 37,

¹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 22.

¹⁵ *Ibidem*, p. 46.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 212.

¹⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 63.

caput, da CF/88), verifica-se que o poder público só pode instituir novas contribuições ou novos benefícios se estiver previsto em Lei, ou seja, somente pode atuar nos limites da legislação previdenciária. Maria Sylvia Zanella Di Pietro dispõe que “segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.”¹⁸

A importância do Direito Adquirido (art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88) deve-se às constantes alterações legislativas, pois que, existindo integralização de algum direito ao patrimônio jurídico do indivíduo, o Estado não pode aplicar a nova orientação normativa, de forma que deve ser considerada a norma anterior, contemporânea à apropriação do direito, desde que mais benéfica.

Por outro lado, o direito adquirido encontra divergências dentro do Direito Previdenciário, pois este somente é quando o segurado cumpre todas as regras para recebimento de determinado benefício. Portanto, se sobrevier alteração da Lei antes do preenchimento integral dos requisitos, diz-se que há apenas expectativa de direito, e não direito adquirido.¹⁹

A relevância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no ordenamento jurídico pátrio é tamanha que se encontra previsto no art. 1º, inc. III, da CF/88, que prevê:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana [...].²⁰

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana é base de todos os demais direitos constitucionais e um valor supremo na ordem jurídica. O princípio

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 68.

¹⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 63.

²⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 15 set. 2015.

visa proteger o ser humano, de modo a garantir e manter a vida com respeito e dignidade. Inclusive, visa tutelar a pessoa, permitindo-lhe uma existência digna.

Alexandre de Moraes assim conceitua o princípio:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e respeitável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.²¹

Desse modo, a dignidade da pessoa humana representa o respeito à integridade física, moral e à vida do ser humano. Objetiva prover ao indivíduo condições mínimas para uma digna existência. Referido princípio alinha-se ao Direito Previdenciário porque se dispõe a garantir ao cidadão assistência para promover o seu sustento e de sua família, nos casos em que lhe faltar condições.

Os princípios específicos da Seguridade Social estão dispersos na legislação previdenciária, em que pesem os mais importantes estejam previstos no art. 194, parágrafo único, da CF/88. Embora genericamente denominados objetivos, tratam-se de princípios constitucionais que norteiam o Sistema.

Desta feita, para cumprir com suas finalidades, o sistema de seguridade social é baseado nos seguintes princípios: solidariedade, universalidade de cobertura e atendimento, uniformidade e equivalência entre as populações urbanas e rurais, seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços, irredutibilidade do valor dos benefícios, equidade na forma de participação no custeio, diversidade da base de financiamento, caráter democrático e descentralizado da administração e preexistência do custeio em relação ao benefício

²¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 128.

ou serviço.

O princípio da Solidariedade está no art. 195 da CF/88 e visa garantir que o sistema previdenciário possa ser complementado por contribuições da coletividade, sem vinculação específica dos valores. Fábio Zambitte Ibrahim aponta:

A solidariedade é a justificativa elementar para a compulsoriedade do sistema previdenciário, pois os trabalhadores são coagidos a contribuir em razão da cotização individual ser necessária para a manutenção de toda a rede protetiva, e não para a tutela do indivíduo, isoladamente considerado.²²

Acredita-se que o princípio da solidariedade representa intrinsecamente o objetivo do sistema de seguridade social, que é o de garantir a proteção coletiva.²³ De fato, é ele que possibilita a transformação de contribuições individuais em um “manto protetor” sobre a coletividade, garantindo o bem-estar social e contribuindo para a redução de desigualdades sociais.²⁴

O princípio da universalidade de cobertura e atendimento (art. 194, parágrafo único, inc. I, da CF/88) garante o direito de participação na proteção social por meio do sistema de seguridade social.²⁵ Objetiva tanto abranger todos os riscos sociais a que os indivíduos estão sujeitos (universalidade da cobertura), quanto tutelar ou alcançar todas as pessoas que pertencem ao sistema protetivo (universalidade do atendimento).²⁶

Embora a dimensão da universalidade de cobertura e atendimento seja bastante ampla, outros princípios a restringem, de forma que exista complementaridade e adequação entre os princípios. Isso porque a universalidade de cobertura e atendimento não pode ser aplicada indistintamente, sendo

²² IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 65.

²³ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 53.

²⁴ IBRAHIM, op. cit., p. 65.

²⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 4. ed São Paulo: LTr, 2004, p. 87.

²⁶ MARTINS, op. cit, p. 54.

necessárias regras que garantam o equilíbrio do sistema.²⁷

O princípio da uniformidade e equivalência de prestações entre as populações urbanas e rurais (art. 194, parágrafo único, inc. II, da CF/88) prevê que os benefícios oferecidos aos segurados urbanos ou rurais devem ser idênticos, garantindo-se igualdade entre eles.²⁸

O princípio da seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços (art. 194, parágrafo único, III, da CF/88) preconiza que o Estado deve regular a criação dos benefícios oferecidos segundo as reais possibilidades de cumprimento das obrigações, contemplando os mais necessitados.²⁹

De acordo com Wagner Balera, a seletividade objetiva limitar o rol de prestações, ou seja, a opção do poder público de quais serviços e benefícios oferece ao sistema, enquanto que a “distributividade direciona a atuação do sistema protetivo para as pessoas com maior necessidade, definindo o grau de proteção.”³⁰

Desse modo, a distributividade também representa o caráter de regulação da desigualdade social, haja vista que direciona a prestação de benefícios a segurados mais necessitados. À distributividade aplicam-se os conceitos de isonomia e solidariedade, que agem em conjunto no sistema protetivo.³¹

A irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, parágrafo único, IV, da CF/88) proíbe a diminuição do valor real dos benefícios ao longo da vida do segurado. Portanto, não se trata apenas da diminuição nominal do valor pecuniário,

²⁷ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: LTr, 2013.

²⁸ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito previdenciário*. 8. ed. Método: São Paulo, 2011. p. 39.

²⁹ DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 102.

³⁰ BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 87.

³¹ DIAS, op. cit., p. 103.

mas da redução real do poder de compra do beneficiário.³² Por essa razão, todos os benefícios são submetidos à atualização monetária anual. A Irredutibilidade deriva do Direito Adquirido, haja vista que o direito ao valor do benefício é integralizado ao patrimônio jurídico do beneficiário na data de sua concessão.³³

Segundo José Afonso Silva:

Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados na forma da lei, mas, em compensação, também se assegura o reajustamento dos benefícios (proventos) para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critério definido em lei. O benefício não poderá ser inferior ao salário mínimo, nem ultrapassar o teto estipulado, contudo, de forma a preservar permanentemente o seu valor real, de acordo com o disposto no art. 5º da EC-42/2003.³⁴

Portanto, todos os benefícios do sistema de seguridade social são atualizados anualmente, acompanhando-se os índices de inflação do período, pois que a diminuição, seja nominal ou real, desses valores implica em afronta ao princípio da irredutibilidade.

Relativamente ao princípio da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, V, da CF/88), em que pese o constituinte expresse o termo equidade, isso não significa que o custeio do sistema de seguridade social é financiado de forma igual pelos segurados. Com efeito, baseados na igualdade e na solidariedade, a contribuição varia segundo o poder aquisitivo do contribuinte, bem como é possível que alguns segurados (como o caso do trabalhador rural em regime de economia familiar) nem contribuam e sejam beneficiários.³⁵

Dessa forma, o princípio objetiva estabelecer a participação de todos no custeio do sistema, de forma direta ou indireta, pautando-se sempre nas

³² DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 103.

³³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 70.

³⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 834.

³⁵ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 39.

condições individuais dos contribuintes.³⁶

O princípio da equidade relaciona-se com a justiça, ou seja, diretriz ao legislador para que, quando fizer as leis do custeio, o faça de forma justa, atentando tanto para a capacidade contributiva do contribuinte quanto ao potencial de risco da atividade econômica.³⁷

O princípio da diversidade da base de financiamento (art. 194, parágrafo único, VI, da CF/88) tem a finalidade de garantir maior segurança à seguridade social, a partir da existência de diferentes fontes de arrecadação de recursos. O financiamento é basicamente realizado pela forma tríplice de custeio, que envolve contribuições de empresas, do governo e dos trabalhadores, havendo variações entre os regimes.

Assim, o financiamento deve ser realizado do modo mais diversificado possível, de forma a não onerar apenas um ou alguns segmentos da sociedade.³⁸

Sobre as características do princípio, entende Fábio Zambitte Ibrahim:

A ideia da diversidade da base de financiamento é apontar para um custeio da seguridade social o mais variado possível, de modo que oscilações setoriais não venham a comprometer a arrecadação de contribuições. Da mesma forma, com amplo leque de contribuições, a seguridade social tem maior possibilidade de atingir sua principal meta, que é a universalidade de cobertura e atendimento.³⁹

Nestes termos, o presente princípio objetiva a garantia de equilíbrio financeiro do sistema, de modo que a existência de eventual crise em algum dos setores não prejudique sua suficiência financeira. Trata-se de uma medida de proteção, com o objetivo de assegurar a universalidade de cobertura e atendimento.

³⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 70.

³⁷ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: LTr, 2013.

³⁸ DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 104.

³⁹ IBRAHIM, op. cit., p. 72.

O caráter democrático e descentralizado da administração (art. 194, parágrafo único, VII, da CF/88) está regulamentado no art. 3ª da Lei nº 8.213/91. O legislador prevê que a gestão dos planos, programas, ações e serviços da seguridade social será realizada e mantida por participação quadripartite: governo, empresas, trabalhadores e aposentados.

O último princípio elencado está previsto no art. 195, § 5º, da CF/88, que retrata a necessidade de preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço, mais conhecido como regra da contrapartida.

Segundo o art. 195, § 5º, da CF/88, “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio.”⁴⁰ Desse modo, sempre existe a necessidade de demonstração da fonte de custeio pelo órgão competente, nos casos de aumento ou criação de um benefício. Trata-se de garantir o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Wladimir Novaes Martinez afirma que:

O disposto no artigo 195, § 5º, tem sentido técnico no seguro social, onde a gestão securitária é autarquizada ou fica entregue às mãos dos interessados, e onde prevaleça uma relação direta entre a contribuição e os benefícios pagos.⁴¹

Desse modo, deve-se apresentar a respectiva fonte de custeio ao haver criação ou modificação de um benefício previdenciário. O principal objetivo é evitar a criação desordenada de benefícios (especialmente motivada por ideais políticos), culminando no desequilíbrio financeiro da seguridade social⁴²

O benefício da aposentadoria especial sujeita-se à aplicação de todos os princípios constitucionalmente previstos, de forma a garantir a efetiva prestação

⁴⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 20 set. 2015.

⁴¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992. p. 48.

⁴² IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito previdenciário*. 16. ed. Niteroi: Impetus, 2011, p. 76.

da proteção social, sem lesar as demais instituições de direito.

Apresentados os principais princípios aplicáveis à seguridade social, que é formada pela Previdência Social, pela Assistência Social e pelo Sistema de Saúde, passa-se à apresentação da previdência social como direito social, segundo previsto constitucionalmente, haja vista sua especial relevância na sociedade brasileira.

1.3 PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO SOCIAL

De acordo com o art. 6º da CF/88 a Saúde, a Previdência Social e a Assistência Social são direitos sociais. Veja-se:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.⁴³

Assim, segundo a Constituição de 1988, uma das finalidades mais importantes das políticas sociais brasileiras é cumprir os objetivos fundamentais da República, conforme o art. 3º da Magna Carta. Por meio da garantia de direitos sociais, objetiva-se construir uma sociedade pautada na solidariedade, liberdade e justiça. Marcelo Leonardo Tavares garante que os direitos sociais:

[...] são um conjunto de direitos que possibilitam a participação no bem-estar social e englobam ordinariamente não só direitos a uma prestação material do Estado destinada a garantir o desenvolvimento individual, mas também as chamadas liberdades sociais [...].⁴⁴

A importância dessa garantia constitucional é a proteção da seguridade social face a possíveis desvios de recursos que tenham a finalidade de atender a interesses econômicos ou políticos.

⁴³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 20 set. 2015.

⁴⁴ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 66.

Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macedo entendem que os direitos sociais demandam do Estado uma atuação positiva. Tratam-se de direitos a prestações *stricto sensu*, não em sentido amplo, assim entendidos os direitos à proteção por parte do Estado (concretizada pelo poder de polícia, por exemplo) e os direitos à participação em procedimentos e organizações, como o direito de acesso à justiça.⁴⁵

Portanto, a previdência social, na qualidade de direito social, conforme previsto constitucionalmente, objetiva garantir à sociedade a necessária segurança contra o risco social e também contra eventual má gestão do sistema que desvirtue ou arrisque desvirtuar os seus objetivos.

Nesse contexto, a Previdência está inserida na Seguridade Social como elemento de proteção contra os riscos sociais, de forma que a aposentadoria especial se encaixa nessa hipótese de forma mais do que clara, haja vista que objetiva proteger o indivíduo contra agentes prejudiciais à saúde e à integridade física.

1.4 REGIMES PREVIDENCIÁRIOS E SUA RELAÇÃO COM A APOSENTADORIA ESPECIAL

A partir de agora apresenta-se apenas a Previdência Social, a qual está organizada em dois tipos diferentes de regimes públicos. De acordo com Carlos Alberto P. de Castro e João Batista Lazzari:

Entende-se por regime previdenciário aquele que abarca, mediante normas disciplinadoras da relação jurídica previdenciária, uma coletividade de indivíduos que tem vinculação entre si em virtude da relação de trabalho ou categoria profissional a que está submetida, garantindo a esta coletividade, no mínimo, os benefícios essencialmente observados em todo sistema de

⁴⁵ DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 116.

seguro social [...].⁴⁶

Nestes moldes, a previdência social apresenta o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). O primeiro em regra é aplicado aos trabalhadores da iniciativa privada e seus dependentes e o segundo aos servidores públicos titulares de cargo efetivo.

O RGPS objetiva atender aos beneficiários nas situações previstas no art. 1º da Lei nº 8.213/91, que prevê a finalidade da Previdência Social: garantir aos beneficiários, mediante contribuição, os indispensáveis meios para uma vida digna em virtude da ocorrência de evento que lhes diminua ou retire a capacidade de auto-sustento. Essas situações são, por exemplo, idade avançada, incapacidade, desemprego involuntário, encargos familiares, prisão ou morte daqueles de quem o beneficiário economicamente dependia.

O RGPS está previsto no art. 201 da CF/88 e é de obrigatória filiação a todas as pessoas que exerçam qualquer atividade remunerada de caráter privado, ou mesmo público sem ser ocupante de cargo efetivo, sendo as contribuições sociais cobradas compulsoriamente e diretamente descontadas da folha de salário do trabalhador.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é a entidade que administra o RGPS. Trata-se de uma autarquia vinculada ao Governo Federal, com personalidade jurídica de direito público.⁴⁷

Já o RPPS é o regime previdenciário exclusivo de servidores públicos titulares de cargo efetivo, excluídos, portanto, os empregados das empresas públicas, agentes políticos, servidores temporários e detentores de cargos de

⁴⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 98.

⁴⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 27.

confiança, os quais são filiados obrigatórios ao Regime Geral.

Os Regimes Próprios de Previdência Social são mantidos pelos entes públicos da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e estão expressamente previstos no art. 40 da CF/88.

Portanto, os regimes geral e próprio diferenciam-se principalmente pelo vínculo do segurado, de forma que o regime próprio é restrito a servidores titulares de cargos efetivos, ou seja, estatutários. Todos os demais segurados, trabalhadores da iniciativa privada, servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, etc, são abrangidos pelo RGPS.

Porém, ambos os regimes, por estarem vinculados ao Sistema de Seguridade Social, conforme disposto constitucionalmente, devem ser garantidores de proteção dos seus segurados aos riscos sociais, indistintamente.⁴⁸

O benefício da aposentadoria especial está expressamente previsto no art. 201, § 1º, da CF/88 e instituído no art. 57 da Lei nº 8.213/91, sendo caracterizado como o benefício concedido a segurados permanentemente expostos a agentes nocivos, de ordem química, física ou biológica, em ambiente insalubre. Portanto, a proteção previdenciária aos que trabalham sujeitos a condições especiais está expressamente prevista na legislação do Regime Geral de Previdência Social.

Para os servidores públicos, entretanto, essa norma ainda não foi regulamentada. Nesse caso, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 40, § 4º, inciso III que Lei Complementar regulamentaria a concessão da aposentadoria especial aos servidores públicos.

⁴⁸ DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 121.

Porém, até a presente data esse direito não foi regulamentado, o que gerou, para os servidores públicos que exercem atividade sujeita a condições especiais, o pleito de requerer a aplicação do direito, reclamando a existência da omissão legislativa. Com efeito, se ambos os regimes estão sujeitos às determinações e princípios constitucionais, não deve haver distinção entre os segurados, de forma a garantir a aposentadoria especial aos segurados do RGPS, mas não aos servidores vinculados ao RPPS.

Por meio da Súmula Vinculante nº 33, o Supremo Tribunal Federal objetivou sanar a omissão legislativa, de maneira a determinar a aplicação das normas do RGPS ao RPPS relativamente ao benefício da aposentadoria especial, conforme está discriminado no terceiro capítulo do presente trabalho.

Assim, com o fito de melhor entender os meandros da aposentadoria especial, no próximo capítulo definem-se os requisitos e peculiaridades do benefício, da forma como está regulamentada no RGPS.

2. APOSENTADORIA ESPECIAL NO REGIME GERAL DE PREVIDENCIA SOCIAL

2.1 DEFINIÇÃO E REGRAS GERAIS

A aposentadoria especial passou a ser prevista no art. 201, § 1º, da CF/88, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, nos seguintes termos:

Art. 201 [...] § 1º. É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar. [...].⁴⁹

A definição exigida pelo texto constitucional para o Regime Geral de Previdência Social foi materializada por meio da Lei nº 8.213/91, cujos artigos 57 e 58 disciplinam a aposentadoria especial. Esta é devida aos segurados que cumpram carência e o período de exposição a agentes nocivos à saúde durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme o tipo de atividade exercida. A regulamentação está também nos arts. 64 a 70 do Decreto nº 3.048/99.

Nesse benefício, não existe diferença de tempo de serviço para homens e mulheres, de modo que todos devem cumprir o mesmo tempo de atividade exposta a agentes nocivos.

Assim, o benefício será concedido quando preenchidos os requisitos de carência e tempo de serviço exposto a agentes nocivos. Nos termos da legislação previdenciária, especificamente no art. 24 da Lei nº 8.213/91, “carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício”. Em outras palavras, representa a quantidade de meses mínima em que o segurado deve verter contribuições à Previdência Social para pleitear o benefício,

⁴⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 15 out. 2015.

sendo que esses recolhimentos devem ser nas respectivas datas de vencimento da fatura, ou seja, sem atraso.

No caso da aposentadoria especial, o art. 25, II, da Lei nº 8.213/91 prevê que a concessão do benefício depende do cumprimento de 180 contribuições mensais, ou seja, no mínimo 15 anos de recolhimento sem atraso.⁵⁰

A concessão da aposentadoria especial possui como fundamento, nas palavras de João Ernesto Aragonés Vianna, a presunção de que determinadas atividades prejudicam a integridade física ou saúde do segurado:

A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição devida ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante um certo período de tempo.⁵¹

Segundo Fábio Zambitte Ibrahim, o benefício objetiva proteger o cidadão que trabalha exposto a agentes físicos, químicos ou biológicos além dos limites, haja vista que estas condições causam presumidamente uma aceleração no processo de perda da integridade mental ou física dos trabalhadores.⁵²

Nesse sentido, a aposentadoria especial, da forma como apresentada na legislação do RGPS, visa cumprir os princípios e previsões constitucionais, conforme descrito no primeiro capítulo deste trabalho. Trata-se de um benefício de natureza extraordinária que visa proteger o risco social referente à exposição além do tolerável a agentes agressivos à saúde durante o exercício da atividade laboral.⁵³

Após concedida a aposentadoria especial, o aposentado fica impedido de voltar a exercer a atividade ensejou o benefício, segundo previsto no art. 57, § 8º da Lei 8.213/91, pois o sistema previdenciário visa resguardar a saúde do segurado,

⁵⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 27

⁵¹ VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2006. p. 255.

⁵² IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 32.

⁵³ MARTINS. Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 357.

concedendo o benefício em contrapartida à eliminação do risco. Nesse caso, voltando a exercê-la, o benefício será cancelado.

Ressalte-se que a aposentadoria especial é diferente da aposentadoria por invalidez. De acordo com Sérgio Pinto Martins, o fato gerador da aposentadoria por invalidez é a incapacidade para o trabalho insusceptível de reabilitação ao segurado. Por outro lado, na aposentadoria especial, o indivíduo não está inválido para o trabalho, somente não pode voltar a exercer atividade que o sujeite a agentes prejudiciais à saúde por tempo superior ao recomendado.⁵⁴

É importante salientar que a aposentadoria especial abarca tanto exposição a agentes insalubres quanto perigosos. Além disso, com o advento da Lei Complementar nº 42, de 8/5/2013, existe no Direito Previdenciário a aposentadoria especial das pessoas portadoras de deficiência. O presente trabalho, contudo, restringe-se à análise do benefício de caráter especial concedido aos segurados que exercem atividades sujeitas à insalubridade, ocasião em que o requisito necessário é o cumprimento de 25 (vinte e cinco) anos de atividade sujeita a tais condições.

2.2 CONDIÇÕES ESPECIAIS

2.2.1 *Dos agentes nocivos*

Os agentes nocivos que ensejam a aposentadoria especial são aqueles que podem ocasionar danos à integridade física ou à saúde do segurado em seu ambiente de trabalho, em razão da natureza, intensidade, concentração e fatores de exposição a agentes físicos (por exemplo ruídos, vibrações, temperaturas ou pressões anormais, radiações ionizantes), químicos (manifestados por névoas, poeiras, vapores ou gases de substâncias nocivas presentes no ambiente de

⁵⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 358.

trabalho) ou biológicos (microorganismos como fungos, bactérias, fungos, parasitas, vírus, bacilos, etc.)⁵⁵

Nas palavras de Cláudia Saltes Vilela Vianna:

(...) todo agente que possa trazer ou ocasionar dano à saúde ou à integridade física do trabalhador no ambiente de trabalho, em função da sua natureza, concentração, intensidade e exposição, será considerado como "agente nocivo", capaz de possibilitar a concessão do benefício de Aposentadoria Especial.⁵⁶

De fato, o art. 64, § 2º, do Decreto n. 3.048/99 prevê que consideram-se condições especiais que prejudiquem a saúde e a integridade física:

(...) aquelas nas quais a exposição ao agente nocivo ou associação de agentes presentes no ambiente de trabalho esteja acima dos limites de tolerância estabelecidos segundo critérios quantitativos ou esteja caracterizada segundo os critérios da avaliação qualitativa dispostos no § 2º do art. 68.

Nos mesmos termos está redigido o § 2º do art. 57 da Lei n. 8.213/91, não mais mencionando atividades penosas, insalubres ou perigosas, mas somente ilustrando que os agentes nocivos físicos, químicos, biológicos ou associações de agentes são prejudiciais à saúde do trabalhador.

O art. 68, § 2º, do Decreto nº 3.048/99 aduz que a avaliação qualitativa de riscos e agentes nocivos será comprovada mediante descrição:

I- das circunstâncias de exposição ocupacional a determinado agente nocivo ou associação de agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho durante toda a jornada;
II - de todas as fontes e possibilidades de liberação dos agentes mencionados no inciso I; e
III - dos meios de contato ou exposição dos trabalhadores, as vias de absorção, a intensidade da exposição, a frequência e a duração do contato.

Conforme será exposto no item 2.3, portanto, não basta a presunção de

⁵⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 723.

⁵⁶ VIANNA, Cláudia Saltes Vilela. *Previdência Social: custeio e benefícios*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2014. p.621.

exposição ao agente nocivo. Essa exposição deve ser comprovada. Apenas se presume que o agente insalubre gera dano à saúde, não sendo necessário comprovar que efetivamente ocorreu o dano. Porém, é imprescindível que a condição especial esteja documentada, na forma da atual legislação.

2.2.2 Da permanência

A norma previdenciária exige também que a atividade exercida sob agente nocivo seja sujeita a exposição de forma permanente. O art. 65 do Decreto nº 3.048/99 define que:

Considera-se tempo de trabalho permanente aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.

Destaque-se que exposição permanente não significa que o segurado deve se manter em exposição contínua ao agente nocivo, durante todo o período de sua jornada. O trabalho será considerado especial ainda que existam pequenos períodos de intervalo, já previstos na jornada e inerentes à atividade prestada. O que não pode ocorrer é a prestação ocasional da atividade especial ou alternada de atividade comum e especial.⁵⁷

Assim, o parágrafo único do artigo 65 do Decreto n. 3.048/99 prevê que serão considerados, para efeitos de tempo especial permanente, os períodos de descanso ou intervalo determinados pelas leis trabalhistas, como férias, períodos de afastamento para gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários e salário-maternidade, desde que na data do afastamento o segurado estivesse exposto a agentes de risco.

⁵⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 360.

Por tais motivos, o tempo de exposição ao agente nocivo é um importante aspecto a ser avaliado, de forma que é diretamente ligado ao grau de nocividade do agente a que o segurado está exposto, de forma que quanto maior a incidência do agente nocivo, menor será o tempo a que poderá permanecer exposto.

A exposição aos agentes nocivos que coloquem em risco a saúde e a integridade física do segurado deve estar comprovada.

2.3 COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ESPECIAL

A comprovação do exercício da atividade especial é feita através de laudo técnico que ateste as condições do trabalho. É realizado o preenchimento de formulário fornecido pelo INSS, emitido pela empresa, e que possui como embasamento um Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT), o qual é formalizado por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, segundo prevê o art. 58, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Esse formulário é o denominado Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), que já assumiu diversas formas e nomes e está atualmente previsto no art. 58, § 4º, da Lei nº 8.213/91 e regulamentado pela IN INSS/PRES n. 77/2015.⁵⁸

Trata-se de um documento individual, referente exclusivamente ao segurado que pleiteia a aposentadoria especial. Deve ser emitido pela empresa, ou equiparada a empresa, e basicamente conter o histórico laboral do empregado, reproduzindo com fidelidade as informações do LTCAT.

De acordo com o art. 265 da IN 77/2015, o PPP tem como finalidade:

I - comprovar as condições para habilitação de benefícios e serviços previdenciários, em especial, o benefício de auxílio-doença;

⁵⁸ Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015, de 21 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>> Acesso em: 15 mai. 2016.

II- prover o trabalhador de meios de prova produzidos pelo empregador perante a Previdência Social, a outros órgãos públicos e aos sindicatos, de forma a garantir todo direito decorrente da relação de trabalho, seja ele individual, ou difuso e coletivo;

III - prover a empresa de meios de prova produzidos em tempo real, de modo a organizar e a individualizar as informações contidas em seus diversos setores ao longo dos anos, possibilitando que a empresa evite ações judiciais indevidas relativas a seus trabalhadores;

IV - possibilitar aos administradores públicos e privados acessos a bases de informações fidedignas, como fonte primária de informação estatística, para desenvolvimento de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como definição de políticas em saúde coletiva.

O PPP deve ser anualmente atualizado, ou sempre que ocorra alguma alteração relevante no ambiente de trabalho do segurado. A este deve ser entregue cópia autenticada do documento no momento da rescisão do contrato de trabalho, para fins de comprovação do exercício da atividade especial para fins previdenciários.⁵⁹

Segundo o entendimento da Turma Nacional de Uniformização, da Justiça Federal, somente o PPP é obrigatório para a comprovação da atividade especial, não sendo possível exigir que o segurado apresente o LTCAT⁶⁰. No caso de existir discordância quanto à negativa de exposição aos agentes nocivos por parte da empresa, o empregado poderá solicitar a retificação das informações, bem como confecção de um novo laudo, diretamente ou por meio do seu sindicato.

Assim, para fazer jus à aposentadoria especial, o segurado deve estar de posse do laudo que atesta as condições ambientais de trabalho, o qual é emitido pela empresa. A comprovação é o mecanismo utilizado pela Previdência Social para evitar fraudes e para garantir a efetivação do direito social.

⁵⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 725.

⁶⁰ TNU n. 2006.51.63.000174-1, Rel. Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port, DJ 15.9.2009. Disponível em <https://www2.jfjus.br/phpd0c/virtus/>. Acessado em 18 mar. 2016.

Essa comprovação poderá ser de todo o período de trabalho exposto a agentes insalubres, ou referente a apenas uma parte do tempo trabalhado, situação em que, em que pese o segurado não faça jus à aposentadoria especial, poderá pleitear a conversão do tempo especial em comum, segundo se demonstra a seguir.

2.4 CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO

Conforme visto, a aposentadoria especial exige que o tempo exposto a agentes insalubres seja de forma permanente, não intermitente nem ocasional, durante 25 (vinte e cinco) anos. Ocorre que é possível que eventualmente o segurado não trabalhe durante todo o período sujeito a condições especiais, mas apenas parte dele. Nessas situações, existe a regra de conversão do tempo, haja vista que o tempo especial “vale mais” do que o tempo comum exercido sem exposição a agentes nocivos.⁶¹

Assim, a conversão do tempo de serviço será necessária quando o trabalhador exercer sucessivamente duas ou mais atividades que ensejam a aposentadoria especial, ou atividades que ensejam as aposentadorias normais, sem completar, em nenhuma delas, o tempo mínimo para a obtenção do benefício.⁶²

Dessa forma, embora seja possível a conversão de tempo especial em especial, diferenciando-os segundo o grau de risco enquadrado nos requisitos de 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, no presente trabalho, segundo já exposto, foca-se no estudo do direito à conversão do tempo especial em comum referente à insalubridade. Nesse sentido, apenas discute-se sobre a possibilidade de converter o tempo especial insalubre em comum.

⁶¹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. TANACA, Priscila. *Resumo Jurídico de Direito Previdenciário*. 3º ed. Volume 17. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 93.

⁶² KERTZMAN. Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2011. p. 397.

A conversão é realizada mediante a transformação em tempo comum do tempo especial exercido, por um acréscimo ao tempo já obtido. O objetivo é compensar o segurado que esteve exposto a agentes nocivos à saúde e integridade física durante o exercício da função especial, de forma que, relativamente àquela atividade, esteja exposto por menos tempo.⁶³

Realizada a conversão, o tempo especial será considerado tempo de contribuição, sendo computado para o cálculo dos benefícios da Previdência Social, de forma comum.

A previsão do instituto da conversão de tempo especial em comum está expressa no art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.

O fator multiplicador do tempo de serviço para conversão do tempo especial em comum está previsto no art. 70 do Decreto 3.048/99, conforme quadro a seguir. Veja-se:

Tempo a Converter	Multiplicadores	
	Mulher (para 30)	Homem (para 35)
De 15 anos	2	2,33
De 20 anos	1,5	1,75
De 25 anos	1,2	1,4

FONTE: Art. 70, Decreto nº 3.048/99

Os fatores de conversão acima delineados são utilizados, portanto, para efetivar a conversão do tempo especial em comum para os segurados que exercem atividades insalubres e que teriam direito à aposentadoria especial caso

⁶³ KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2011. p. 397.

completassem 25 (vinte e cinco) anos de atividade sujeita a agentes nocivos.

Assim, suponha-se que um segurado não tenha completado o requisito de forma integral, trabalhando sujeito a condições especiais apenas durante 10 (dez) anos de tempo de serviço. Nesses termos, terá direito a converter o tempo de serviço especial em comum, mediante a multiplicação do período pelo fator 1,4, de forma que esse tempo, pelas condições diferenciadas de trabalho, passará a valer 14 (quatorze) anos.

O mesmo procedimento é aplicado à mulher. Se ela exerceu atividade sujeita a condições insalubres apenas por 10 (dez) anos, o tempo de serviço será multiplicado pelo fator de conversão 1,2, computando-se 12 (doze) anos de tempo de contribuição comum.

A diferenciação de somar 40% ao tempo de serviço do homem e 20% ao tempo de serviço da mulher é uma equiparação ao tempo de contribuição exigido para o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, que é de 35 (trinta e cinco) anos para o homem e 30 (trinta) para a mulher.⁶⁴ Nesse sentido, considerando-se que a aposentadoria especial não diferencia os gêneros, a conversão do tempo especial em comum, de 25 (vinte e cinco) anos, exige a multiplicação pelo fator 1,4 e 1,2 para atingir, respectivamente, os valores 35 (trinta e cinco) e 30 (trinta) anos.

Efetuada a conversão, o tempo convertido poderá ser somado com os demais períodos exercidos sem submissão a agentes nocivos à saúde ou integridade física. Desse modo, utilizando-se a tabela exposta, o segurado que implementou os requisitos da aposentadoria por tempo de contribuição, ou por idade, poderá requerê-la ao INSS, desde que efetivamente comprovada a exposição

⁶⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 623.

aos agentes nocivos no período pleiteado.⁶⁵

2.5 FORMA DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO

Caso implemente o requisito de 25 (vinte e cinco) anos de tempo de serviço exposto de forma permanente a agentes nocivos, comprovada por laudo técnico, e com implementação do período de carência, o segurado faz jus à aposentadoria especial, cuja renda mensal inicial corresponde a 100% (cem por cento) do salário de benefício, segundo estabelecido no art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Salário de benefício corresponde à média aritmética simples dos 80% maiores salários de contribuição, sem a incidência do fator previdenciário, nos termos do art. 29, da Lei 8.213/91.

Assim, para o cálculo da aposentadoria especial, o INSS apura todos os salários de contribuição do segurado desde o mês de julho de 1994, exclui os 20% menores valores, atualiza os 80% maiores salários de contribuição até a data do cálculo e faz uma média aritmética simples, alcançando o valor do salário-de-benefício. É o que está previsto no art. 188-A do Decreto nº 3.048/99.

Note-se que não há incidência do fator previdenciário, que é um fator redutor do valor do salário-de-benefício e que leva em consideração a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar.⁶⁶

Portanto, em virtude de ser a aposentadoria especial normalmente concedida a pessoas com idade inferior à dos aposentados por tempo de contribuição ou por idade, a aplicação do fator previdenciário implicaria em ofensa à

⁶⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 623.

⁶⁶ HORVATH JÚNIOR, Miguel. TANACA, Priscila. *Resumo Jurídico de Direito Previdenciário*. 3º ed. Volume 17. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 58.

razão de ser do benefício, que é a retirada do trabalhador do ambiente de trabalho exposto a agentes nocivos antes do preenchimento dos requisitos da regra geral.⁶⁷

Desse modo, a título de exemplo, se um segurado recebe R\$ 5.000,00 de salário, mas tem como média dos 80% dos maiores salários de contribuição durante todo o período contributivo o montante de R\$ 3.000,00 (três mil reais), o benefício será R\$ 3.000,00 (três mil reais), pois que o índice da aposentadoria especial é 100% do salário de benefício, sem o redutor do fator previdenciário.

Importante salientar que o benefício está obrigatoriamente compreendido entre o valor do salário mínimo e o teto previdenciário, como todos os outros benefícios do RGPS, em regra.

Diante de todo o exposto, apresentou-se a forma como a aposentadoria especial está regulamentada no Regime Geral de Previdência Social, cujas regras, positivadas, são inteiramente aplicáveis aos segurados.

No Regime Próprio de Previdência Social, diante da omissão legislativa quanto à regulamentação do benefício para os servidores públicos, foi determinada a aplicação das regras do RGPS, o que gerou a confusão de aplicabilidade das normas de forma integral.

O capítulo seguinte exemplifica a situação.

⁶⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 629.

3 APOSENTADORIA ESPECIAL NO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

3.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E OMISSÃO LEGISLATIVA

Conforme exposto no capítulo anterior, o benefício da aposentadoria especial é plenamente regulamentado no RGPS, amparando os segurados que exerçam atividades sujeitas a condições de risco, de forma a impedir que fiquem expostos a condições especiais além do tempo recomendado.

A previsão do benefício para o Regime Próprio dos Servidores Públicos titulares de cargos efetivos está expressa no art. 40, § 4º, inciso III, da CF/88. Veja-se:

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

- I portadores de deficiência;
- II que exerçam atividades de risco;
- III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Assim, segundo é possível verificar no texto constitucional, trata-se de norma de eficácia limitada, que exige a regulamentação por meio de lei complementar para que o direito seja plenamente efetivado. Porém, desde o advento da Magna Carta, em 1988, ainda não existe qualquer norma legal que garanta o direito dos servidores que exercem atividades sob condições especiais.⁶⁸

Nesse sentido, em que pese a Constituição assegure a possibilidade de se instituir critérios diferenciados para aposentadoria dos servidores que exerçam atividades sujeitas a condições de risco, a lei complementar exigida ainda não foi editada. Dessa forma, todos os servidores, mesmo que exercendo atividade insalubre durante todo o tempo de contribuição, devem cumprir os mesmos

⁶⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 735.

requisitos do servidor que não está sujeito a nenhum agente de risco.

Comparando com o RGPS, o servidor que estivesse exposto às mesmas ou até piores condições de risco durante o seu trabalho não teria direito a requisitos diferenciados de aposentadoria, ao passo que os segurados do RGPS possuem esse direito assegurado por Lei, segundo descrito no capítulo anterior.

Portanto, diante da existência de omissão legislativa, diversas categorias de servidores públicos que exercem atividades sujeitas à insalubridade passaram a pleitear, junto ao Supremo Tribunal Federal, o direito a critérios diferenciados de aposentadoria, pois que não poderiam ser prejudicados pela mora do legislador.⁶⁹

O instrumento jurídico passível de solucionar a demanda é o Mandado de Injunção, segundo esculpido no art. 5º, inciso LXXI da CF/88, estabelecendo que é cabível mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de direitos ou prerrogativas constitucionais.

Nesses moldes, diante dos mandados de injunção impetrados, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se reiteradas vezes⁷⁰, sempre no sentido de aplicar aos servidores o direito à aposentadoria especial nos moldes delineados no Regime Geral de Previdência Social, previsto no artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

No ano de 2007, no julgamento do Mandado de Injunção n. 721, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação subsidiária das regras do RGPS ao Regime Estatutário dos servidores, dando concretude às decisões em sede de mandado de injunção. Confira-se

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de

⁶⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 735.

⁷⁰ MI 721, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 29.11.2007; MI 795/DF, rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 22/05/2009; MI 788/DF, rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJ de 08/05/2009; MI 925/DF, rel. Min. Cezar Peluzo, DJ de 23/06/2009; MI 1.328/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 01 fev. 2010.

injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.⁷¹

Note-se, portanto, que efetivamente o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/91 aos servidores públicos.

Na verdade, o Excelso Pretório, por meio das referidas medidas, garantiu a aplicabilidade da norma entabulada no art. 40, § 12º da Constituição Federal, que garante a aplicação das normas do Regime Geral de Previdência Social aos Regimes Próprios de forma subsidiária⁷². Confira-se:

§ 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

Assim, diante da orientação do Supremo Tribunal Federal, o direito à aposentadoria especial para os servidores públicos foi regulamentado para os servidores públicos federais pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ainda no ano de 2010.

3.2 REGULAMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA – ON MPOG/RSB Nº 10/2010

3.2.1 *Direito à aposentadoria especial – requisitos*

A primeira norma editada no âmbito federal para assegurar aos servidores amparados por mandado de injunção o direito à aposentadoria especial foi a Orientação Normativa SRH/MPOG nº 06 de 21 de junho de 2010, expedida pelo

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 721, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29 nov. 2007.

⁷² IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 738.

Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, acompanhada pela Instrução Normativa nº 1, de 22 de julho de 2010, expedida pelo Ministério da Previdência Social (Secretaria de Políticas de Previdência Social).

Ainda no mesmo ano, foi publicada a Orientação Normativa MPOG/SRH nº 10, de 05 de novembro de 2010, também do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em substituição à ON nº 06/2010.

Em todas as normas administrativas, o direito à aposentadoria especial dos servidores foi regulamentado de maneira favorável aos mesmos, aplicáveis àqueles que tivessem decisão em mandado de injunção. De fato, era o que previam os §§ 1º e 2º do art. 1º da ON MPOG/SRH nº 10/2010. Veja-se:

Art. 1º Esta Orientação Normativa uniformiza, no âmbito do Sistema de Pessoal Civil da União - SIPEC, os procedimentos relacionados à concessão de aposentadoria especial prevista no art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, de que trata o Regime Geral de Previdência Social - RGPS, ao servidor público federal amparado por decisão em Mandado de Injunção julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 1º Farão jus à aposentadoria especial de que trata o caput deste artigo os servidores públicos federais alcançados por decisões em Mandados de Injunção, individualmente, ou substituídos em ações coletivas, enquanto houver omissão legislativa.

§ 2º As decisões a que se referem o parágrafo anterior, exaradas pelo Supremo Tribunal Federal nos autos de Mandados de Injunção, tratam da concessão de aposentadoria especial e da conversão de tempo de serviço aos servidores públicos federais com base na legislação previdenciária.

Nesse sentido, a norma veio assegurar aos servidores públicos que exercem atividades sujeitas a condições especiais e que estivessem amparados por mandado de injunção, os direitos à aposentadoria especial e à conversão do tempo especial em comum, nos termos previstos para os segurados do RGPS.⁷³

A regulamentação administrativa para a aposentadoria especial estava descrita no art. 2º da ON 10/2010, *in verbis*:

⁷³ BARROS, Clemilton da Silva. A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF, acerca do art. 40, §4º, da CF. 1. ed. São Paulo: Servanda, 2012.

Art. 2º A aposentadoria especial será concedida ao servidor que exerceu atividades no serviço público federal, em condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, exposto a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período de 25 anos de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente.

Parágrafo único. Para efeito das disposições do caput deste artigo, considera-se trabalho permanente aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do servidor ao agente nocivo seja indissociável da prestação do serviço público.

Note-se que houve a previsão do benefício de aposentadoria especial nos moldes delineados pelo RGPS, exigindo-se do servidor o exercício de atividade com exposição a agentes químicos, físicos ou biológicos prejudiciais à saúde ou integridade física pelo período de 25 (vinte e cinco) anos de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente.

Os requisitos agentes nocivos e permanência à exposição foram copiados de forma muito similar para o Regime Próprio de Previdência.⁷⁴ Inclusive, para caracterizar a permanência, o art. 11 da norma administrativa previu as hipóteses em que eventuais afastamentos não seriam descontados a fim de reconhecer a atividade especial. Veja-se:

Art. 11. São considerados como tempo de serviço especial, desde que, à data do afastamento ou licença, o servidor estivesse exercendo atividades em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, os seguintes registros:

I - férias;

II - casamento, doação de sangue, alistamento como eleitor, participação em júri;

III - luto;

IV - licenças:

a) para tratamento da própria saúde;

b) à gestante, à adotante e à paternidade; e

c) em decorrência de acidente em serviço.

Dessa forma, adaptando a norma previdenciária do RGPS para as hipóteses de afastamentos previstas no Estatuto dos Servidores, a orientação normativa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão previu que tais circunstâncias serão consideradas como tempo de serviço especial, desde que o

⁷⁴ BARROS, Clemilton da Silva. A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF, acerca do art. 40, §4º, da CF. 1. ed. São Paulo: Servanda, 2012.

servidor estivesse exposto a agentes de risco à época do afastamento.

De um modo geral, portanto, os requisitos a serem preenchidos pelos servidores eram muito semelhantes aos dos segurados do INSS. Não mais se exigia que o servidor cumprisse tempo mínimo de idade ou mesmo tempo mínimo de serviço público. Bastava, para ter direito à aposentadoria especial, completar 25 anos de atividade sujeita aos mesmos agentes de risco descritos na norma previdenciária, de forma permanente. Além disso, também seria necessário comprovar a exposição por meio de laudo pericial.⁷⁵

De fato, era o que previa o art. 12 da ON MPOG/SRH 10/2010:

Art. 12. Para a concessão do benefício da aposentadoria especial e para a conversão de tempo especial em tempo comum, no caso em que o servidor esteja amparado por decisão em Mandado de Injunção julgado pelo Supremo Tribunal Federal, é obrigatória a instrução do procedimento administrativo de reconhecimento do tempo de serviço público exercido sob condições especiais, prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos moldes disciplinados pela Instrução Normativa nº 1, de 22 de julho de 2010, publicada no D.O.U de 27 de julho de 2010, da Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPS, inclusive com a juntada dos seguintes documentos:

I - cópia da decisão do Mandado de Injunção, na qual conste o nome do substituído ou da categoria profissional, quando for o caso; e

II - declaração ou contracheque comprovando vínculo com o substituto na ação, quando for o caso.

Portanto, exigia-se do servidor, além da comprovação de estar amparado por Mandado de Injunção, o laudo pericial que atestasse a exposição aos agentes insalubres durante o período trabalhado. Para tanto, fez-se referência à Instrução Normativa nº 1/2010, da Secretaria de Políticas de Previdência Social, do Ministério da Previdência Social, que apresentava passo a passo como seria realizada tal comprovação, inclusive aplicando-se as regras de transição para aplicação da

⁷⁵ BARROS, Clemilton da Silva. A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF, acerca do art. 40, §4º, da CF. 1. ed. São Paulo: Servanda, 2012.

legislação vigente à época.⁷⁶

Nesse sentido, em linhas gerais os requisitos para recebimento da aposentadoria especial do servidor eram muito semelhantes aos requisitos para recebimento da aposentadoria especial do segurado do RGPS.

3.2.2 Forma de cálculo

A forma de cálculo dos benefícios do RGPS e do RPPS são muito diferentes. Regra geral, os benefícios do RGPS são calculados pela média dos salários de contribuição e são limitados ao teto previdenciário, como é o caso da aposentadoria especial. Já os benefícios do RPPS, regra geral, não têm limitação ao teto previdenciário, mas ao teto constitucional, além da possibilidade de serem calculados com base na última remuneração da ativa (integralidade) e com paridade, conforme descrito nas regras de transição.⁷⁷

Veja-se a diferença entre a forma de cálculo da aposentadoria voluntária dos servidores e aquela delineada para a aposentadoria especial, nos termos da norma administrativa.

3.2.2.1 Cálculo das aposentadorias voluntárias e regras de transição

Conforme já demonstrado, o regime próprio de previdência social é o que assegura aos servidores públicos civis, por lei, os benefícios previstos no art. 40 da CF/88, que é a norma suprema de regulamentação dos regimes próprios de previdência social.⁷⁸

Além da Constituição Federal, diversos institutos jurídicos regulamentam

⁷⁶ Ibidem. Acesso em: 20 abr. 2016.

⁷⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 736.

⁷⁸ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito previdenciário*. 8.ed. São Paulo: Método, 2011. p. 221.

os regimes próprios de previdência social, como a Lei nº 8.112/90⁷⁹, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos federais; a Lei nº 9.717/98⁸⁰, que prevê normas gerais de funcionamento do RPPS, entre outras.

O Regime Próprio de Previdência Social passou por diversas reformas previdenciárias, de forma a alterar os requisitos e forma de cálculo dos benefícios dos servidores, constando as principais e mais recentes alterações nas Emendas Constitucionais 41/2003 e 47/2005.

Atualmente, conforme previsto no art. 40 da CF/88, a aposentadoria voluntária prevê que o homem deve cumprir sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição e a mulher deve completar cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição. Se não houver o preenchimento de todo o tempo contributivo, há a previsão de idade mínima, sendo sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, hipótese em que os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição. Em todos os casos, deve-se cumprir também o tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, nos termos do art. 40, III, alíneas a) e b) da CF/88.

Segundo essa nova previsão, os benefícios serão calculados considerando-se a média dos 80% maiores salários de contribuição de todo o período contributivo do segurado, e o reajuste é anual, segundo os critérios estabelecidos no art. 40, §§ 3º e 17, da CF/88.

⁷⁹ BRASIL. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm> Acesso em: 28 abr. 2016.

⁸⁰ BRASIL. *Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998*. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9717.htm> Acesso em: 28 abr. 2016.

A principal alteração advinda das emendas constitucionais (EC 41/03 e EC 47/05) foi a regra de cálculo do benefício. Para os servidores que ingressaram no serviço público até a data de publicação das respectivas emendas, cumpridos requisitos específicos, foram assegurados proventos calculados sobre a última remuneração, e com paridade para com os servidores da ativa. A redação da EC 41/03, portanto, retirou o direito à integralidade e paridade para os servidores que ingressaram no serviço público a partir de sua publicação.⁸¹

Exemplificando a antiga regra geral de cálculo, os proventos seriam calculados observando-se unicamente sua última remuneração, o que se conhece por proventos integrais. O reajuste do benefício, nesse caso, não segue o índice de correção monetária anual, mas é reajustado na mesma data e nos mesmos percentuais de reajustes dos vencimentos e gratificações dos servidores da ativa, pertencentes à mesma carreira dos aposentados.⁸²

Essa garantia de forma de cálculo dos benefícios representa direito adquirido e garantido constitucionalmente aos servidores que cumpram os requisitos estabelecidos na Constituição.

A primeira regra de transição está descrita no art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/03, segundo a qual os servidores públicos que ingressaram no serviço público até 31/12/2003 podem aposentar-se com proventos integrais, correspondentes à totalidade da remuneração inerente ao cargo efetivo em que se der a aposentadoria, desde que atendidos, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

⁸¹ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19 ed. Rio de Janeiro: Método, 2012. P. 336.

⁸² MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 31 Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 522.

- a) sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;
- b) trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
- c) vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e
- d) dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

O benefício dos servidores aposentados segundo o art. 6º da EC 41/03 são revistos quando há revisão geral da remuneração dos servidores ativos (aumento linear). A paridade é parcial nesse caso, pois que não são estendidos aos aposentados todos os benefícios ou vantagens concedidos posteriormente aos servidores em atividade, como aqueles decorrentes de reclassificação ou transformação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.

De todo modo, essa regra de cálculo é mais benéfica do que a instituída após a promulgação da EC 41/03, que retirou o direito à integralidade e à paridade, determinando o cálculo dos benefícios com base na Lei, que atualmente considera apenas a média dos 80% maiores salários de contribuição e reajuste anual.

A segunda regra de transição está prevista na EC 47/05. Segundo o art. 3º da referida Emenda, o servidor que tenha ingressado no serviço público até 16/12/1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

- I. trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
- II. vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;
- III. idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

O requisito da idade é interpretado da seguinte forma: o servidor homem que conte com mais de 35 (trinta e cinco) anos de contribuição não necessitará aguardar que complete 60 (sessenta) anos de idade. Nesse caso, a cada ano a mais

de tempo de contribuição que ultrapassar o limite mínimo, poderá aposentar-se com um ano a menos de idade. Assim, por exemplo, se um servidor contar com 40 (quarenta) anos de contribuição, ultrapassando cinco anos do tempo necessário, poderá aposentar-se com 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, ou seja, cinco anos a menos da idade mínima necessária.

O mesmo raciocínio é aplicado à mulher: se esta contar com, por exemplo, 34 (trinta e quatro) anos de contribuição, quatro anos a mais do necessário, poderá aposentar-se com quatro anos a menos da idade mínima necessária, ou seja, com 51 (cinquenta e um) anos de idade.

Coloquialmente, essa regra instituída pela EC 47/05 é conhecida como regra do 85/95, ou seja, verifica-se, após completar o tempo mínimo necessário de tempo de contribuição, a soma entre este e a idade do servidor alcança 85 pontos para a mulher ou 95 pontos para o homem. No exemplo acima, veja-se que $40+55 = 95$ (homem) e $34+51 = 85$ (mulher).

O valor dos proventos de aposentadorias concedidas segundo a EC 47/05 representa, atualmente, a forma de cálculo mais benéfica, pois garante integralidade e paridade, ou seja, o servidor se aposenta com base em sua última remuneração e o benefício é reajustado segundo o valor da remuneração dos ativos.⁸³

Ocorre que todas as regras ora elencadas estão regulamentadas para a aposentadoria comum, e não a especial. O servidor que exerce atividade especial, prejudicial à saúde, não deve cumprir os mesmos requisitos dos servidores que não exercem esse tipo de atividade. Assim, após a regulamentação administrativa do direito à aposentadoria especial, foi instituída outra forma de cálculo do benefício.

⁸³ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 31 Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 531.

Ocorre que, segundo se demonstrará a seguir, a forma de cálculo da aposentadoria especial acabou por representar prejuízo ao servidor que tem direito adquirido à forma de cálculo do benefício com base em sua última remuneração e com paridade com os servidores da ativa, pois representa valor inferior ao devido.

3.2.2.2 Cálculo da aposentadoria especial do servidor

Ao regulamentar o direito à aposentadoria especial, a Orientação Normativa SRH/MPOG 10/2010 estabeleceu, em seus artigos 3º e 4º, uma forma híbrida de cálculo do benefício. Veja-se:

Art. 3º O provento decorrente da aposentadoria especial será calculado conforme estabelece a Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, ou seja, pela média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, atualizadas pelo INPC, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência de julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela até o mês da concessão da aposentadoria.

Parágrafo único. O provento decorrente da aposentadoria especial não poderá ser superior à remuneração do cargo efetivo em que se deu a aposentação.

Art. 4º O servidor aposentado com fundamento na aposentadoria especial de que trata esta Orientação Normativa permanecerá vinculado ao Plano de Seguridade Social e não fará jus à paridade constitucional.

Note-se, nestes termos, que a orientação normativa garantiu a forma de cálculo da aposentadoria especial dos servidores segundo a média aritmética simples dos 80% maiores salários de contribuição de todo o período contributivo, em 100% do salário de benefício. Essa efetivamente é a regra de cálculo atual aplicada às aposentadorias do RPPS. A única diferença para o RGPS é a limitação do benefício: enquanto que a aposentadoria especial do RGPS está limitada ao valor atualmente considerado de R\$ 5.189,82⁸⁴, no RPPS o teto é atualmente de R\$

⁸⁴ BRASIL. Portaria Interministerial MTPS/MF Nº 1, de 08 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e dos demais valores constantes do

33.763,00⁸⁵.

Por essa razão, a orientação administrativa aplicou a forma de cálculo do RPPS para o benefício da aposentadoria especial, ou seja, sem limitação ao teto previdenciário, de forma que os servidores não fossem prejudicados. Em todo caso, porém, note-se que a orientação normativa não garante aos servidores o direito à integralidade e à paridade, mesmo que preenchidos os requisitos constitucionais da regra de transição.

Para efeito da aposentadoria especial, portanto, o servidor necessitava unicamente completar o tempo de 25 (vinte e cinco) anos sujeito a condições insalubres, sem vinculação de idade ou tempo de serviço público. Assim, não preenchendo os requisitos da aposentadoria voluntária, o servidor não teria direito a integralidade ou paridade no benefício de aposentadoria especial.

Sendo assim, observada essa circunstância, o direito à forma de cálculo pela última remuneração e paridade com os ativos foi regulamentado apenas quando há a conversão do tempo especial em tempo comum. De acordo com a norma administrativa inicialmente apresentada, o servidor que tivesse direito às regras de transição poderia converter o tempo de contribuição, nos termos da legislação do RGPS, de forma a receber o provento mais favorável.

3.2.3 Da conversão do tempo especial em tempo comum

Embora não fosse permitida a garantia das regras de transição de integralidade e paridade para a aposentadoria especial dos servidores públicos, a

Regulamento da Previdência Social - RPS. Disponível em: < <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-interm-mtps-mf-1-2016.htm> > Acesso em: 02 mar. 2016.

⁸⁵ BRASIL. Lei n. 13.091, de 12 de janeiro de 2015. Dispõe sobre o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, referido no inciso XV do art. 48 da Constituição Federal; revoga dispositivo da Lei nº 12.771, de 28 de dezembro de 2012; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13091.htm> Acesso em: 02 mar. 2016.

norma administrativa trouxe também, em seu artigo 9º, a previsão da conversão do tempo especial em comum. Veja-se que o fator de conversão é o mesmo utilizado pelo RGPS:

Art. 9º O tempo de serviço exercido em condições especiais será convertido em tempo comum, utilizando-se os fatores de conversão de 1,2 para a mulher e de 1,4 para o homem.

Parágrafo único. O tempo convertido na forma do caput poderá ser utilizado para a aposentadoria prevista no art. 40 da Constituição Federal, na Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e na Emenda Constitucional nº 47, de 5 de junho de 2005, exceto nos casos da aposentadoria especial de professor de que trata o § 5º do art. 40 da Constituição Federal.

Por meio da aplicação do fator de conversão, garantiu-se o direito dos servidores que somente implementaram parte do período necessário à aposentadoria especial, como, por exemplo, nas situações em que os servidores fiquem sujeitos a condições especiais em apenas parte do período.⁸⁶

Além disso, também se garantiu o direito dos servidores à implementação das regras de transição instituídas nas Emendas Constitucionais 41/03 e 47/05, de forma que, com a conversão do tempo especial em comum, completariam os requisitos constitucionais para ter direito à integralidade e paridade.

Com efeito, a título de exemplo, considere-se um homem que tenha direito à EC 41/03. Se o seu tempo de contribuição total for igual a 25 anos de atividade sujeita a condições de insalubridade de forma permanente, se tiver 60 anos de idade, 20 anos de serviço público, 10 anos de carreira e 5 no cargo, ele terá direito à aposentadoria voluntária por tempo de contribuição, com paridade e integralidade, mesmo que não tenha cumprido os 35 anos de tempo de contribuição.

Isso porque, com a conversão do tempo especial em comum, mediante aplicação do fator 1,4 no tempo de 25 anos, o servidor completaria os 35 anos

⁸⁶ BARROS, Clemilton da Silva. A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF, acerca do art. 40, §4º, da CF. 1. ed. São Paulo: Servanda, 2012.

exigidos pela norma constitucional. Essa é a diferenciação que o direito à conversão do tempo especial em comum fez para o servidor que está sujeito a condições de risco e que esteja inserto nas regras de transição.

Do mesmo modo, considere-se agora um servidor que tenha direito às regras da EC 47/05. Se o seu tempo de contribuição total for igual a 30 anos de atividade sujeita a condições de insalubridade de forma permanente, 25 anos de serviço público, 15 anos de carreira e 5 no cargo, ele terá direito à aposentadoria voluntária por tempo de contribuição, com paridade e integralidade, mesmo que não alcance 35 anos de tempo de contribuição ou 60 anos de idade.

Isso porque, segundo explicitado acima, em virtude do fator de conversão 1,4 transformar os 30 anos de tempo especial em 42 anos de tempo de contribuição comum, a ponderação permitida pela regra do 85/95 faz com que o servidor possa se aposentar com 7 anos a menos de idade (pois que ultrapassou 7 anos do tempo mínimo exigido de tempo de serviço), sendo possível a aposentação aos 53 anos de idade.

Tal regra instituída pela ON SRG/MPOG 10/2010 visava garantir o direito constitucional às regras de transição dos servidores que implementassem os requisitos e, igualmente, visava cumprir com o ideal da proteção social relativa à aposentadoria especial, que é a de proteger o trabalhador da exposição a agentes de risco, de forma que seja jubilado do sistema antes da idade determinada.

3.3 MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante das regulações administrativas, inúmeros servidores que estavam sujeitos a condições insalubres aposentaram-se ao cumprir os requisitos estabelecidos na norma. Nesse sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal

havia suprido temporariamente a ausência de Lei regulamentadora, garantindo o direito dos servidores.

Ocorre que, com o vulto de mandados de injunção que chegavam à Suprema Corte, haja vista que a regulamentação administrativa serviu apenas para os servidores federais, inúmeros servidores das demais esferas do poder passaram a requerer expressamente ao Supremo Tribunal Federal o direito à conversão do tempo especial em comum.

Isso porque, conforme demonstrado, em um primeiro momento as decisões do STF não se atinham à questão da conversão, mas garantia o direito de forma ampla, o que resultou na regulamentação na esfera federal e na concessão de pedidos administrativos.

Ao analisá-los, contudo, o plenário do STF, por maioria, passou a discorrer que o Mandado de Injunção não seria instrumento apto a atender ao direito, haja vista que o art. 40, § 4º da Constituição trata de requisitos e critérios diferenciados para aposentadoria, e a contagem diferenciada não seria objeto de omissão legislativa. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE INJUNÇÃO DO IMPETRANTE. SERVIDOR PÚBLICO. PRETENSÃO DE ASSEGURAR A CONTAGEM E AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. INIDONEIDADE DA VIA ELEITA. Pressuposto do writ previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição da República é a existência de omissão legislativa que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A conversão de períodos especiais em comuns, para fins de contagem diferenciada e averbação nos assentamentos funcionais de servidor público, não constitui pretensão passível de tutela por mandado de injunção, à míngua de dever constitucional de legislar sobre a matéria. Precedentes: MI 2140 AgR/DF, MI 2123 AgR/DF, MI 2370 AgR/DF e MI 2508 AgR/DF. Agravo Regimental conhecido e não provido.⁸⁷

Além disso, também fundamentou que a conversão do tempo especial em comum encontra óbice constitucional para os servidores públicos, em especial no

⁸⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 1481. Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2013, DJe-120 24 jun. 2013.

art. 40, § 10, da CF/88, que veda a contagem de tempo fictício.

Dessa forma, assentou a Suprema Corte que os servidores públicos somente poderiam gozar do direito à aposentadoria especial, e não à conversão do tempo especial em comum. Nesse sentido, confira-se:

MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICAÇÃO DAS NORMAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AGRÁVO DESPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do STF, a omissão legislativa na regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição, deve ser suprida mediante a aplicação das normas do Regime Geral de Previdência Social previstas na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/99. Não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas. Ainda, o STF tem competência para apreciar os mandados de injunção impetrados por servidores públicos municipais, estaduais e distritais, e não há litisconsórcio passivo necessário com o Estado ou instituto de previdência. Fundamentos observados pela decisão agravada. 2. Agravo regimental desprovido.⁸⁸

Assim, apesar das reiteradas decisões que determinavam a aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/91, em sua integralidade, a partir do mês de abril de 2013 o Supremo Tribunal Federal passou a entender de modo diverso, determinando a aplicação unicamente da figura da aposentadoria especial, em detrimento da contagem diferenciada prevista no art. 5º do mesmo artigo. Ressalte-se que tais decisões não surtiram efeitos *erga omnes*.

Para exemplificar a questão, confira-se trecho do voto do Ministro Teori Zavascki, nos autos do mesmo processo cuja ementa foi adrede colacionada:

(...) não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas. Apesar de ser permitida no RGPS, no serviço público é expressamente vedada a contagem de tempo ficto, com fundamento no art. 40, § 10, da Constituição ("A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício")⁸⁹

A vedação à contagem fictícia do tempo de contribuição surgiu com o

⁸⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 1320. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2013, DJe-098 24 mai. 2013.

⁸⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRÁVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 1481. Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2013, DJe-120 24 jun. 2013.

advento da EC 20/1998, entabulando no art. 40, § 10, da CF/88 que “a lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”.⁹⁰

Tempo fictício representa, por exemplo, a contagem em dobro das licenças-prêmios concedidas aos servidores. Licença-prêmio é denominada a contrapartida oferecida pelos Estatutos dos Servidores quando do exercício de 5 (cinco) anos de atividade com assiduidade.⁹¹ Assim, completado cada quinquênio, o servidor tem a opção de gozar 3 (três) meses de licença remunerada ou, à data da aposentadoria, poderia optar entre receber 3 (três) meses de remuneração ou computar 6 (seis) meses de tempo de contribuição.⁹²

Note-se que o servidor não exercia tempo de contribuição durante 6 (seis) meses, mas a norma legal lhe permitia esse cômputo, que era efetivamente fictício. Assim, referida emenda constitucional teve por finalidade extinguir esse tipo de ficção no tempo de contribuição.

No caso da conversão do tempo especial em comum, relativamente à aposentadoria especial, contudo, restou controverso sobre a efetiva aplicação da vedação constitucional, conforme será melhor explicitado no item seguinte.

Assim, a despeito da questão ser controversa, e ainda do fato de que as decisões da Suprema Corte não surtiram efeitos *erga omnes*, os Regimes Próprios de Previdência Social, na esfera administrativa, deixaram de aplicar a conversão do tempo especial em comum para os servidores públicos. Desse modo, a partir de abril de 2013, todos os processos de aposentadoria que pleiteavam a contagem diferenciada foram sobrestados.

⁹⁰ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012. P. 395.

⁹¹ GRANJEIRO, José Wilson. *8.112 comentada*. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União. 31. Ed. Brasília: Gran Cursos, 2012. P. 70.

⁹² Este modelo não existe mais no Estatuto dos Servidores Federais, a teor da Lei nº 8.112/90.

3.4 SÚMULA VINCULANTE 33

Diante da infinidade de processos e dos reiterados julgados, em 09/04/2014 o Supremo Tribunal Federal aprovou a Proposta de Súmula Vinculante (PSV n. 45). A PSV foi proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, haja vista que, segundo informações do sítio eletrônico da Suprema Corte, entre 2005 e 2013, o Tribunal recebeu 5.219 Mandados de Injunção, dos quais 4.892 referiam-se especificamente à aposentadoria especial dos servidores.⁹³

A redação proposta originalmente para a Súmula Vinculante previa que, para fins de sanar a omissão existente no art. 40, § 4º, da CF/88, deveria ser aplicada a previsão do art. 57, §1º, da Lei nº 8.213/91. Veja-se:

Texto original do PSV 45 (não publicado)

Enquanto inexistente a disciplina específica sobre aposentadoria especial do servidor público, nos termos do artigo 40, § 4º da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n. 47/2005, impõe-se a adoção daquela própria aos trabalhadores em geral (art. 57, § 1º, da Lei nº 8.3213/91).

De acordo com esse texto, a figura da conversão do tempo de contribuição ficava vetada, pois sua previsão legal está no § 5º do art. 57, da Lei nº 8.213/91.

Porém, durante o processo de apreciação e votação do texto sumular, o Supremo Tribunal Federal aprovou outra redação para o PSV 45, quando foi publicada a Súmula Vinculante 33, nos seguintes termos:

Súmula Vinculante 33 (DJE 23/04/2014)

Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Por esse texto, o Supremo Tribunal Federal não limitou o direito à

⁹³ STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=264538>> Acesso em: 30 mar. 2016.

conversão do tempo especial em comum, determinando a aplicação da norma previdenciária aos servidores, no que couber.

Insta salientar que, segundo o art. 103-A da CF, regulamentado pela Lei nº 11.417/2006, a súmula vinculante tem vigência imediata após sua publicação, surtindo efeito vinculante imediatamente em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.⁹⁴

Porém, em que pese tenha ocorrido a alteração do texto da súmula vinculante e em que pese o STF tenha determinado a aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/91, a expressão “no que couber” culminou gerando para o Poder Público a interpretação no sentido de que não seria cabível a aplicação da conversão do tempo especial em comum.

3.5 MUDANÇA DA REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA – ON MP Nº 16/2013

A modificação da interpretação do Supremo Tribunal Federal culminou com a edição da Orientação Normativa MP nº 16, de 23 de dezembro de 2013 (DOU de 24/12/2013), a qual revogou a Orientação Normativa nº 10/2010 (vide tópico 3.2) e extinguiu o direito à conversão do tempo especial em comum.

Com o advento da Súmula Vinculante 33, a ON 16/2013 foi alterada pela ON 5/2014, apenas para ressaltar o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal e mantendo na essência a regulamentação do direito dos servidores civis da União quanto aos procedimentos administrativos para concessão da aposentadoria especial. Veja-se o que dispõe o art. 1º da referida norma:

⁹⁴ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012. P. 395.

Art. 1º Ficam estabelecidas orientações aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (SIPEC) quanto aos procedimentos administrativos necessários à instrução e à análise dos processos que visam ao reconhecimento do direito à aposentadoria especial com fundamento no art. 57, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, aplicável por força da Súmula Vinculante nº 33 ou por ordem concedida em mandado de injunção. (Nova redação dada pela Orientação Normativa MP nº 5, de 2014)

Assim, a ON 16/2013 regulamentou tão somente a concessão de aposentadoria especial. Quanto à conversão do tempo especial em comum, a norma expressamente vedou. Note-se o que disciplina o art. 24:

Art. 24. É vedada a conversão do tempo de serviço exercido em condições especiais em tempo comum para obtenção de aposentadoria e abono de permanência. (Nova redação dada pela Orientação Normativa MP nº 5, de 2014)

Mediante análise da norma, e comparando-a à anterior (ON 10/2010), é possível observar que o intuito do administrador foi alterá-la no sentido de impedir a conversão do tempo especial em comum e, conseqüentemente, a concessão de aposentadoria voluntária com fundamento na Emenda Constitucional nº 41/2003 e na Emenda Constitucional nº 47/2005, que garante proventos calculados pela última remuneração e com paridade com os ativos.

Isso porque o procedimento de verificação da insalubridade não foi alterado: manteve-se a necessidade do laudo pericial que ateste as condições especiais de trabalho, ou seja, os requisitos não foram modificados.⁹⁵

A alteração substancial ocorreu tão somente pela modificação na forma de cálculo do benefício, impedindo que os requisitos diferenciados pudessem ser utilizados para concessão de aposentadoria com proventos integrais e com paridade.

De fato, a determinação é a de apurar o benefício de aposentadoria

⁹⁵ BARROS, Clemilton da Silva. A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF, acerca do art. 40, §4º, da CF. 1. ed. São Paulo: Servanda, 2012.

especial nos mesmos termos delineados pelo Regime Geral de Previdência Social, ou seja, pela média dos 80% maiores salários de contribuição. Veja-se (art. 3º):

Art. 3º O provento decorrente da aposentadoria especial será calculado conforme estabelece a Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, ou seja, pela média aritmética simples das maiores remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, atualizadas pelo INPC, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência de julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência, até o mês da concessão da aposentadoria.

Além de atestar expressamente a retirada do direito à integralidade, a norma também consigna a retirada da paridade. Note-se o que dispõe o art. 4º:

Art. 4º O servidor aposentado com fundamento na aposentadoria especial de que trata esta Orientação Normativa permanecerá vinculado ao Plano de Seguridade Social e não fará jus à paridade constitucional.

Outra consequência da vedação à conversão do tempo especial em comum é a questão de que, para fazer jus à aposentadoria especial, o servidor deve exercer a atividade insalubre por 25 (vinte e cinco) anos de forma permanente, não ocasional nem intermitente. É o que prevê o art. 2º:

Art. 2º A aposentadoria especial será concedida ao servidor que exerceu atividades no serviço público federal, em condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, exposto a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período de 25 anos de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente.

Parágrafo único. Para efeito das disposições do caput deste artigo, considera-se trabalho permanente aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do servidor ao agente nocivo seja indissociável da prestação do serviço público.

Segundo esse dispositivo, o servidor que se submeter a condições insalubres por período inferior a 25 (vinte e cinco) anos não terá direito ao benefício. Dessa forma, mesmo exercendo 24 (vinte e quatro) anos e 11 (onze) meses sujeito a condições especiais, o servidor não terá direito à aposentadoria especial se deixar de se submeter à condição especial. Terá que cumprir os 35 (trinta e cinco) anos de

tempo normal.⁹⁶

3.6 ATUAL SITUAÇÃO DA CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM

Não faltam argumentos para os defensores da aplicação da conversão do tempo especial em comum para os servidores públicos. Isso porque, apesar da modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o argumento da aplicação à contagem diferenciada da vedação constitucional à contagem fictícia é facilmente derrubado.

Em primeiro lugar, porque o fator multiplicador 1,4 e 1,2 para homens e mulheres, respectivamente, que exercem atividade insalubre é constitucional no RGPS, estando positivado no art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91.

Além disso, a previsão do art. 40, § 12, da CF/88, dispõe que o regime de previdência dos servidores deverá observar os requisitos e critérios fixados para o RGPS, de forma subsidiária.⁹⁷ Nesse sentido, se o RPPS é omissivo no tocante à regulamentação do art. 40, § 4º, da CF/88, a norma a ser aplicada deve ser a vigente no Regime Geral de Previdência Social, que garante a figura da conversão do tempo especial em comum.

Um terceiro argumento contrário à vedação foi a possível violação ao princípio da isonomia, uma vez que tanto trabalhadores segurados do RGPS quanto servidores públicos estariam trabalhando sujeitos às mesmas condições especiais, ou até piores, e não teriam o mesmo direito assegurado.⁹⁸

O próprio Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, defende

⁹⁶ BARROS, Clemilton da Silva. A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF, acerca do art. 40, §4º, da CF. 1. ed. São Paulo: Servanda, 2012.

⁹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁹⁸ BARROS, Clemilton da Silva. A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF, acerca do art. 40, §4º, da CF. 1. ed. São Paulo: Servanda, 2012.

que não pode haver a vedação à contagem diferenciada. Na decisão colacionada no item anterior, o mesmo fez uma ressalva, no sentido de que não se pode negar ao servidor a conversão do tempo especial em comum. Veja-se:

“Presidente, apenas faço uma ressalva quanto ao enunciado da lista – criaríamos um terceiro sistema, não é nem o que ainda não veio regulamentando o § 4º do artigo 40, nem o da Lei nº 8.213/91 –, no que consigna não se admitir a conversão de períodos especiais em comuns, quando a Lei nº 8.213/91 admite essa conversão.

(...) aponte a situação daquele servidor que se aproxima do tempo indispensável à aposentadoria especial, mas que, por isso ou por aquilo, deixa de implementá-lo no quantitativo exigido na Lei nº 8.213/91, passando a uma função normal. Indago: esse período, que seria contado de forma especial, fica em segundo plano? Não. Deve ser, na proporcionalidade, convertido em tempo de serviço para a aposentadoria comum.”⁹⁹

Conforme exposto, o Ministro Marco Aurélio afirmou que negar o direito à conversão do tempo especial em comum criaria um terceiro sistema, haja vista que não seria regulamentado o art. 40, § 4º da CF/88, tampouco seria aplicada a norma do RGPS, pois que neste a figura da conversão do tempo é expressa.

Além disso, consignou a mais importante e esdrúxula das possibilidades: o servidor que não completar os 25 (vinte e cinco) anos de atividade sujeita a condições especiais, mediante comprovação por laudo técnico pericial, não teria direito a qualquer indenização pelo exercício da atividade insalubre.

Nesse sentido, considere-se um servidor homem que fique exposto durante 24 (vinte e quatro) anos a condições de risco, de forma comprovada. Prestes a cumprir o requisito da aposentadoria especial, contudo, o servidor deixa de exercê-la, seja por sua vontade ou mesmo por juízo de conveniência do poder público.

Nessa situação, ao não completar o requisito do benefício especial, o servidor seria obrigado a cumprir o requisito da aposentadoria comum, que exige 35

⁹⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 1481. Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2013, DJe-120 24 jun. 2013.

(trinta e cinco) anos de contribuição. Ou seja, ao invés de trabalhar menos tempo em virtude da comprovada exposição a agentes de risco, com direito à aposentação, o servidor somente poderá se desligar do vínculo passados mais 11 (onze) anos.

Também o Ministro Barroso, por ocasião do julgamento da Súmula Vinculante 33, afirmou que:

Negar a conversão do tempo especial em comum ao servidor público que exerceu atividade em condições especiais é o mesmo que equipará-lo ao servidor comum, quando na verdade ele tem um ônus que a própria Constituição objetivou indenizar.¹⁰⁰

Nos termos delineados, resta consignado que a conversão do tempo especial em comum é uma indenização ao trabalhador/servidor pelo exercício de uma atividade que presumidamente lhe gera prejuízos à saúde. Trata-se de medida que visa assegurar o direito à saúde do trabalhador.¹⁰¹

Nesse sentido, assim como na legislação trabalhista há a indenização pelo exercício de hora noturna, que vale mais em razão do desgaste causado à saúde do trabalhador, o tempo de serviço sujeito a condições de risco também merece ser majorado, para que se garanta plenamente o direito a requisitos e critérios diferenciados de aposentadoria, nos termos do art. 40, § 4º, da CF/88.

E essa garantia deve ser tanto em relação ao preenchimento integral dos requisitos (25 anos de tempo de contribuição), mas também proporcional, de forma que o servidor que ficou exposto em apenas parte do período tenha direito à saúde da mesma forma que o segurado do RGPS, podendo aposentar-se com menos tempo de contribuição.

Da forma estabelecida no novo entendimento do Supremo Tribunal

¹⁰⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA VINCULANTE 33. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_33__PSV_45.pdf> Acesso em 31 mai. 2016.

¹⁰¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niteroi: Impetus, 2011. p. 620.

Federal, o servidor somente terá direito à aposentadoria especial se ficar exposto a agentes nocivos à saúde durante exatos 25 (vinte e cinco) anos, nem um dia a menos. Caso contrário, deverá completar o requisito comum a todos os servidores.¹⁰²

Outro argumento corolário deste entendimento é o de que não se pode separar os institutos da aposentadoria especial e da conversão do tempo especial em comum, haja vista que este é parte integrante daquele. Com efeito, o § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, pela própria análise da técnica legislativa empregada, é parte integrante do benefício aposentadoria especial, sendo decorrência lógica deste.¹⁰³

Quanto à afirmação de que a contagem diferenciada representaria contagem fictícia do tempo de contribuição, esta também restou conhecida como inaplicável. De fato, em outras situações, o Supremo Tribunal Federal conheceu como inaplicável a ordem do art. 40, § 10, da CF/88 no tocante à contagem do tempo de contribuição. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. EXCEÇÃO À REGRA PROIBITIVA DE CONTAGEM DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO FICTO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – “O § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social LBPS) é exceção razoável à regra proibitiva de tempo de contribuição ficto com apoio no inciso II do art. 55 da mesma Lei. E é aplicável somente às situações em que a aposentadoria por invalidez seja precedida do recebimento de auxílio-doença durante período de afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária. Entendimento, esse, que não foi modificado pela Lei nº 9.876/99” (RE 583.834-RG/SC, Rel. Min. Ayres Britto). II – Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁰⁴

No caso em epígrafe, restou consignado que nos períodos de gozo de benefícios por incapacidade, em especial auxílio doença, não seria considerado

¹⁰² BARROS, Clemilton da Silva. A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF, acerca do art. 40, §4º, da CF. 1. ed. São Paulo: Servanda, 2012.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 766959. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma. Julgado em 24.06.2014. DJe-157 15 ago. 2014.

tempo fictício o período de gozo do benefício, mesmo que destituído de efetivo exercício de atividade. Nesse sentido, tais períodos devem ser normalmente computados como tempo de contribuição, não restando caracterizada contagem de tempo ficta.

Assim, por aplicação analógica ao instituto da conversão do tempo especial em comum, esta também é uma exceção à regra, de forma que não é razoável que seja considerado como fictício o tempo que na própria aposentadoria especial é ponderado. Em verdade, a conversão representa e integra o direito, sem qualquer caracterização de inconstitucionalidade.

Sendo assim, a aplicação aos servidores públicos da figura da aposentadoria especial nos moldes previstos no art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91 implicaria em incompatibilidade no tocante à forma de preenchimento dos requisitos e à forma de cálculo do benefício.

A figura da conversão é a que garante aos servidores que ingressaram no serviço público antes do advento da EC 41/03 o benefício calculado com integralidade e paridade, sem perda do direito para aplicação da aposentadoria especial pura e simples, com cálculo do benefício pela média.

Nesse sentido, veja-se o entendimento doutrinário¹⁰⁵:

O art. 14 da IN/SPS/MPS 1/10 determinou que no cálculo e no reajustamento dos proventos de aposentadoria especial aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 8º e 17, do art. 40, da Constituição Federal. Em outras palavras: a determinação da IN/SPS/MPS 1/10 é para proceder ao cálculo do provento pelo sistema de média e o reajuste com base em lei específica, restando afastado o direito à integralidade no cálculo dos proventos e à paridade no reajuste, em flagrante prejuízo aos servidores públicos, especialmente aqueles que ingressaram no serviço público antes da EC41/03.

¹⁰⁵ RIBEIRO JÚNIOR, Herculano José *et alii*. *Revisões de benefícios previdenciários dos servidores públicos*. Curitiba, Juruá, 2013. P. 124

Neste ponto reside o direito de postular a revisão dos proventos dos servidores aposentados, por meio de aposentadoria especial, que ingressaram no serviço público antes da EC 41/03 e que tiveram seus proventos calculados pela média e reajuste com base em lei específica.

A interpretação do doutrinador Herculano José Ribeiro Júnior é no tocante aos servidores que, em que pese tivessem direito às regras de transição, acabaram por se aposentar segundo as regras entabuladas na IN/SPS/MPS 1/10, já mencionada no item anterior. Assim, ele defende o direito à revisão do benefício, haja vista que, se a norma constitucional assegurou o direito à integralidade e paridade, a mera instrução normativa não pode obrigá-lo a calcular o benefício com base na média dos salários de contribuição.

O mesmo restou reconhecido pelo Ministro Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, que em voto recentemente publicado, ainda pendente de julgamento pelos demais integrantes da Turma, reconheceu o direito à contagem diferenciada, evidenciando que a efetiva comprovação deve ser analisada pela Administração Pública. Veja-se:

1. Trata-se de embargos de declaração opostos de decisão do Min. Joaquim Barbosa, que extinguiu o feito sem resolução de mérito, porque a impetrante deixou de apresentar documentos que provem “por quanto tempo recebeu adicional de insalubridade de forma contínua e inconteste”. A impetrante, alegando omissão na edição das leis complementares previstas no art. 40, § 4º, da Constituição, requer a concessão da ordem para que o tempo de atividade insalubre (1993 a 2001) seja “contado e averbado pela administração pública para sua aposentadoria”. Insiste na suficiência dos documentos juntados à inicial. 2. Recebo os embargos como agravo regimental, conforme a jurisprudência desta Corte (v., e.g., MI 4460 ED, Rel. Min. Luiz Fux; MI 1552 ED-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). No mérito, reconsidero a decisão recorrida (RI/STF, art. 317, § 2º), uma vez que a análise quanto à efetiva caracterização do tempo de atividade insalubre deve ser feita pela Administração, cabendo ao STF, em sede de mandado de injunção, apenas suprir a lacuna normativa (MI 5.366 AgR, Rel. Min. Rosa Weber). 3. Solicitem-se informações aos impetrados. Publique-se. Brasília, 13 de março de 2015 Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO Relator¹⁰⁶

No entanto, a norma atualmente vigente é a ON 16/2013, à qual os

¹⁰⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Mandado de Injunção 4204/DF. Voto pendente de julgamento pelos demais integrantes da Turma. Dje- 053 19 mar. 2015.

servidores civis da União estão submetidos. De acordo com a regulação administrativa, o servidor que exerça atividade insalubre de forma permanente, não ocasional nem intermitente tem direito à aposentadoria especial, calculada pela média dos 80% maiores salários de contribuição.

Administrativamente, os servidores não conseguem alcançar o direito aos requisitos diferenciados tão somente para conversão do tempo especial em comum (quando não trabalham por 25 anos ininterruptos) ou garantia do cálculo do benefício com integralidade e paridade. Por essa razão, a questão tem sido novamente submetida à apreciação judicial.

O Poder Judiciário, então, tem recebido inúmeras demandas, seja pleiteando o direito à conversão do tempo especial em comum, seja requerendo a concessão da aposentadoria especial com cálculo do provento conforme a última remuneração e paridade com os ativos.

CONCLUSÃO

Após quase 28 anos da promulgação da Constituição da República, os servidores públicos que exercem atividade de risco ou que exerçam atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde e a integridade física, ainda não possuem lei que regule a aposentadoria especial a que fazem jus, conforme previsto no art. 40, § 4º, III, da Constituição Federal.

Referida situação ofende os princípios constitucionais norteadores do Sistema de Seguridade Social, que tem por finalidade garantir o bem estar dos segurados, bem como garantir proteção em face dos riscos sociais, sobretudo relativamente aos agentes físicos, químicos e biológicos que acometem os servidores que trabalham sob essas condições.

Assim, diante da omissão legislativa, a Suprema Corte, nos mandados de injunção com base no inciso III, do § 4º, do art. 40, da Constituição Federal, ou seja, aposentadoria especial de servidor, determinou a aplicação analógica da legislação existente no Regime Geral de Previdência Social no tocante à aposentadoria especial, o que foi ratificado na Súmula Vinculante n. 33 do STF.

Na esfera administrativa, o direito foi regulamentado por meio da Orientação Normativa SRH/MPOG nº 10/2010, reconhecendo o direito dos servidores à aposentadoria especial e à conversão do tempo especial em comum, de forma que obtivessem os servidores públicos o direito à aposentadoria com requisitos e critérios diferenciados, garantindo-se ainda o benefício calculado com base na última remuneração e com paridade de proventos com os ativos.

O problema cinge-se no posicionamento equivocado adotado pela Suprema Corte, em um segundo momento, de maneira contrária à conversão do

tempo especial em comum.

Com a devida vênia à Corte Suprema, não há qualquer paralelo entre a vedação constitucional de contagem de tempo fictício e a contagem diferenciada de tempo especial. O tempo exercido em atividades especiais é um tempo trabalhado, de contribuição efetiva, devendo ser contado de forma diferenciada, por causar degradação e desgaste à saúde e integridade física do servidor.

Ademais, a conversão do tempo especial em comum se traduz na própria aposentadoria especial proporcional, não podendo dela ser desvinculado. Portanto, incluso na previsão constitucional do art. 40 da CRFB e legítima causa de pedir em Mandado de Injunção.

Entretanto, o impasse constitucional ainda se perpetua. Apesar de a Súmula n. 33, do STF, em nada vedar a conversão do tempo especial em comum, pelo contrário, ser permissiva quanto à matéria, a Administração Pública, com base na jurisprudência equivocada do STF, com a devida vênia, continua a se negar a proceder à contagem diferenciada do tempo de serviço exercido sob condições especiais, obrigando o servidor a recorrer ao Poder Judiciário, novamente. É o que resta delineado na Orientação Normativa MP nº 16/2013.

Assim, a edição da Súmula Vinculante 33 não atingiu o seu objetivo, que seria pacificar a questão e reduzir a quantidade de demandas judiciais referente à matéria no Poder Judiciário, haja vista que persiste a problemática. Em que pese ao servidor esteja assegurado o direito à aposentadoria especial nos moldes do RGPS, esse benefício é calculado pela média dos 80% maiores salários de contribuição, ao passo que o servidor que integra as regras de transição do RPPS faz jus a proventos integrais calculados sob a última remuneração e com paridade.

Desse modo, a Administração Pública, mais uma vez, vinculou a matéria à proposição de ações judiciais, o que já havia feito antes da edição da Súmula para a concessão de aposentadoria especial. A possibilidade de averbação do tempo especial em comum continua, então, sem definição legislativa e judiciária eficaz, o que esvazia ainda mais os efeitos da Súmula n. 33 de pacificar a matéria e reduzir o número de mandados de injunção na Corte Suprema.

Assim, conclui-se que é direito dos servidores públicos que exercem atividades prejudiciais à saúde e à integridade física tanto a obtenção de aposentadoria com requisitos e critérios diferenciados quanto o cálculo do benefício conforme determinado nas regras de transição instituídas pelas Emendas Constitucionais 41/03 e 47/05, àqueles que cumprem os requisitos constitucionais.

Negar a efetivação do direito é contrariar a base constitucional do Sistema de Seguridade Social, cujo objetivo é garantir a todos, indistintamente, garantia de bem estar e justiça social, se forma a estar amparado em situações em que sua saúde e integridade física estejam expostas a risco.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19 ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1989.

BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Método, 2011.

BARROS, Clemilton da Silva. *A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF, acerca do art. 40, §4º, da CF*. 1. Ed. São Paulo: Servanda, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 01 mai. 2016.

BRASIL. *Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015, de 21 de janeiro de 2015*. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>> Acesso em: 15 mai. 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.091, de 12 de janeiro de 2015*. Dispõe sobre o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, referido no inciso XV do art. 48 da Constituição Federal; revoga dispositivo da Lei nº 12.771, de 28 de dezembro de 2012; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13091.htm> Acesso em: 02 mar. 2016.

BRASIL. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm> Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL. *Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998*. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9717.htm> Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL. *Portaria Interministerial MTPS/MF Nº 1, de 08 de janeiro de 2016*. Dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social - RPS. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-interm-mtps-mf-1-2016.htm>> Acesso em: 02 mar. 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 766959. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma. Julgado em 24.06.2014. DJe-157 15 ago. 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 1481. Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2013, DJe-120 24 jun. 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 1320. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2013, DJe-098 24 mai. 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 1481. Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2013, DJe-120 24 jun. 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 1481. Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2013, DJe-120 24 jun. 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Mandado de Injunção 4204/DF. Voto pendente de julgamento pelos demais integrantes da Turma. Dje- 053 19 mar. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção n. 721, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29 nov. 2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA VINCULANTE 33. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_33__P_SV_45.pdf< Acesso em 31 mai. 2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

GRANJEIRO, José Wilson. *8.112 comentada*. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União. 31. Ed. Brasília: Gran Cursos, 2012.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. TANACA, Priscila. *Resumo Jurídico de Direito Previdenciário*. 3º ed. Volume 17. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

IBRAHIM Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niteroi: Impetus, 2011.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 5. ed. Niteroi: Impetus, 2011.

KERTZMAN. Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO. Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 6. Ed. São Paulo: Método, 2012.

RIBEIRO JÚNIOR, Herculano José *et alii*. *Revisões de benefícios previdenciários dos servidores públicos*. Curitiba, Juruá, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=264538>
Acesso em: 30 mar. 2016.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

TNU. Processo n. 2006.51.63.000174-1, Rel. Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port, DJ 15.9.2009. Disponível em <https://www2.jfjus.br/phpd0c/virtus/> . Acessado em 18 mar. 2016.

VIANNA, Cláudia Saltes Vilela. *Previdência Social: custeio e benefícios*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2006.

ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: LTr, 2013.